

Privaatrecht ondersteund

Privaatrecht ondersteund

**Doelen, baten, kosten en effecten van bijzondere ondersteuning
door de overheid van privaatrechtelijke handhaving**

Onder redactie van
W.H. van Boom
S.D. Lindenbergh
S.B. Pape

Boom Juridische Uitgevers
Den Haag
2007

De Jonge meesters-reeks is een initiatief van de Juridische Faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

© 2007 de auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the Publisher.

ISBN 978-90-5454-968-0
NUR 820

www.bju.nl

Voorwoord

Dit boekje is het product van een afstudeerproject van de sectie burgerlijk recht, Erasmus Universiteit, dat in het najaar van 2006 aanving. Een aantal masterstudenten schreef een bijdrage rondom het thema van het boek. Gezamenlijk hielden zij bijeenkomsten waarin discussie, afstemming en presentatie van de onderzoeksresultaten plaatsvonden. Wij begeleidde de deelnemers. Bij het samenstellen van het boekje kregen wij assistentie van Anne-Marije van Zanten. De publicatie werd mede mogelijk gemaakt door de faculteit Rechtsgeleerdheid.

Prof. mr. W.H. van Boom
Prof. mr. S.D. Lindenberg
Mr. S.B. Pape

Inhoudsopgave

Voorwoord	I
I Inleiding	1
1.1 Van ‘facilitator’ tot actieve ondersteuner	1
1.2 De bijdragen	3
1.2.1 Collectieve privaatrechtelijke handhaving in het auteursrecht	3
1.2.2 De privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit	3
1.2.3 Landelijke inning van kinderalimentatie	4
1.2.4 Bescherming tegen de pers door aansprakelijkstelling	5
1.2.5 De Garantstellingsregeling curatoren	5
1.2.6 De Loondoorbetalingsgarantie bij faillissement	6
1.2.7 Mediation op initiatief van de overheid	7
1.2.8 Rechtshulp op kosten van de overheid	7
1.2.9 Schuldsanering particulieren	8
1.3 Waarom ondersteuning?	9
1.4 Het beleidsproces: een lichtknopje in het halfduister	10
II Collectieve privaatrechtelijke handhaving van het intellectuele eigendomsrecht ondersteund door de overheid	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Wettelijk en vrijwillig collectief beheer	14
2.2.1 Collectief beheer en collectieve handhaving	14
2.2.2 Toezicht op de beheersorganisaties	16
2.3 Brein en haar bevoegdheden bij de collectieve handhaving	19
2.3.1 Methoden van opsporing	19
2.3.2 Materiële en processuele bevoegdheden in de wet	20
2.3.3 Nieuwe bevoegdheden door implementatie van de Handhavingsrichtlijn	21
2.4 Creativiteit van Brein	24
2.4.1 Het anti-piraterijbestand	24
2.4.2 De ‘notice and takedown procedure’	25
2.4.3 De anti-piraterijverklaring	26
2.4.4 Voorlichting	26
2.4.5 Media-aandacht	27
2.5 Samenwerking met verschillende overheidsorganisaties	27
2.5.1 De FIOD/ECD en het Openbaar Ministerie	27
2.5.2 De douane	30
2.6 Conclusie en aanbevelingen	31

III	Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit	35
3.1	Inleiding	35
3.2	De Consumentenautoriteit	36
3.2.1	De achtergrond	36
3.2.2	Doelen	38
3.2.3	Aandachtsgebieden	38
3.3	Taken en bevoegdheden van de Consumentenautoriteit	39
3.3.1	Taken	39
3.3.2	Bevoegdheden	40
3.4	Ter vergelijking: bescherming van consumentenbelangen in het Verenigd Koninkrijk	47
3.4.1	The Office of Fair Trading	47
3.4.2	Verschillen tussen de Office of Fair Trading en de Consumentenautoriteit	49
3.4.3	Wat kan de Consumentenautoriteit leren van de Office of Fair Trading?	50
3.5	Privaatrechtelijke handhaving door de overheid wenselijk?	51
3.5.1	Het ‘gevaar’ van publicisering	51
3.5.2	Fundamentele verschillen tussen het publiek- en het privaatrecht	53
3.6	Rechtsbescherming bij de administratieve en civiele rechter	55
3.7	Conclusie	58
IV	Het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen	61
4.1	Inleiding	61
4.2	Taken en bevoegdheden	63
4.2.1	Taakomschrijving	63
4.2.2	Kinderalimentatie	63
4.3	Hoe brengt het LBIO deze bevoegdheden in praktijk en zijn deze bevoegdheden voldoende?	66
4.3.1	Aantallen	66
4.3.2	Kosten met betrekking tot bevoegdheden die het LBIO niet heeft	67
4.4	Welke overheidskosten zijn gemoeid met het LBIO en wat zijn de inningsresultaten?	68
4.4.1	Overheidssubsidie	68
4.4.2	Omtrent de cijfers in het algemeen	69
4.5	Voorlopige conclusie en een alternatief voor het LBIO	71
4.5.1	Is overheidsbemoeienis door middel van het LBIO een goede zaak?	71
4.5.2	Onderbouwing maatschappelijke taak	72
4.5.3	Nuancering naar aanleiding van cijfers uit paragraaf 4	72
4.5.4	Maatschappelijke taak LBIO	73
4.5.5	Het alternatief voor het LBIO	73

4.5.6	Vergelijk LBIO met alternatief	75
4.5.7	Alimentatiegerechtigde is tevens bijstandsgerechtigde	76
4.6	Extra bevoegdheden voor het LBIO?	77
4.6.1	Algemeen	77
4.6.2	Eigen deurwaarders?	77
4.6.3	Verrekening?	78
4.6.4	Uitbreiding taken en bevoegdheden	78
4.7	Vergelijking met buitenland	82
4.7.1	Algemeen	82
4.7.2	De situatie in Engeland	83
4.8	Conclusie	84
V	Toegang tot het recht in perszaken: wat is de rol van de overheid?	87
5.1	Inleiding	87
5.2	Toegang tot het recht	87
5.2.1	Kosten- en batenanalyse	87
5.2.2	Onvoldoende rechtsbescherming	89
5.3	Opties ter verbetering van de toegang tot het recht	89
5.3.1	Inleiding	89
5.3.2	Zelfregulering	90
5.3.3	Preprocessuele middelen	93
5.3.4	De civiele procedure	98
5.4	Evaluatie	105
5.4.1	Welke maatregelen zou de overheid moeten nemen c.q. bevorderen?	107
5.4.2	Afsluiting	110
VI	De Garantstellingsregeling curatoren	111
6.1	Inleiding en probleemstelling	111
6.2	De WBA en WBF	113
6.2.1	De inwerkingtreding van WBA en WBF	113
6.2.2	Artikel 2:138/248 BW	113
6.2.3	De voorschotregeling	114
6.3	De invoering van Garantstellingsregeling	115
6.3.1	Het evaluatieonderzoek naar de voorschotregeling	115
6.3.2	Vervanging van de voorschotregeling	116
6.3.3	Het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling 1993/2005	116
6.4	De Garantstellingsregeling in de praktijk	117
6.4.1	Evaluatieonderzoek	117
6.4.2	Toetsingscriteria	117
6.4.3	Aantal aanvragen	119
6.4.4	Toekenning en de afwijzing van de garantstelling	120
6.4.5	De hoogte van toekenning	121

6.4.6	De dekking van de kosten	121
6.5	De knelpunten en de aanbevelingen	122
6.5.1	De knelpunten in de praktijk	122
6.5.2	Aanbevelingen voor een betere werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk	124
6.5.3	Meer en intensiever claimedrag van curatoren	127
6.6	Verhouding tussen strafrechtelijke aanpak en civielrechtelijke aanpak van faillissementsfraude	128
6.6.1	De strafrechtelijke aanpak	128
6.6.2	Aanbevelingen voor een betere strafrechtelijke aanpak	130
6.6.3	De samenwerking	131
6.7	Conclusie	132
VII	Loondoorbetaling door het UWV bij faillissement	135
7.1	Inleiding	135
7.2	Doelstelling loongarantieregeling	135
7.3	Inhoud van de loongarantieregeling	136
7.3.1	Historische schets	137
7.3.2	Inhoud van de huidige regeling	138
7.4	Paritas creditorum	140
7.5	Premiebetaling	141
7.6	Beleidsalternatieven	142
7.6.1	Betaling premie ten laste van werkgever	142
7.6.2	Private verzekering mogelijk?	144
7.7	Conclusie	153
VIII	De verhouding tussen mediation en rechtspraak: grondslag en grens van overheidsbeleid inzake mediation	155
8.1	Inleiding	155
8.2	Mediation: een investering waard?	156
8.2.1	Overheidsdoelstellingen	156
8.2.2	Overheidsinvesteringen	157
8.2.3	Resultaten	160
8.3	Verschuiving in doelstellingen	161
8.3.1	Accentverschuiving	161
8.3.2	Tweeërlei investering	163
8.3.3	Vergelijking met het buitenland	164
8.4	Complementaire verhouding mediation en rechtspraak	165
8.4.1	Rechtspraak als ultimum remedium	165
8.4.2	Alternatieve instrumenten	166
8.4.3	Wederzijdse aanvulling	167
8.4.4	Implicaties van wederzijdse aanvulling	168
8.4.5	Schikkingen	169
8.4.6	De weg naar een uitgebalanceerd standpunt	170
8.4.7	Verband met de accentverschuiving	170

8.5	Noodzaak en grenzen van overheidsoptreden	171
8.5.1	Zelfoplossend vermogen van partijen	171
8.5.2	Blijvende belemmeringen	172
8.5.3	Overheid op afstand	173
8.5.4	Belang van heldere visie	174
8.6	De toekomst van mediation	174
8.6.1	Kwaliteitseisen	174
8.6.2	Mediationtoevoeging	174
8.6.3	Stimuleringsbijdrage	174
8.6.4	Gratis mediation	176
8.7	Conclusie	177
IX	Rechtshulp op de kosten van de overheid. Een onderzoek naar de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtshulp	179
9.1	Inleiding	179
9.1.1	Onderzoeksvraag	179
9.1.2	Onderzoeksmethode	181
9.2	Historische ontwikkeling van de gesubsidieerde rechtshulp in Nederland	182
9.3	De stelselwijziging	186
9.4	De verbetering van de mededinging in de rechtshulp	189
9.5	De stimulering van het aanbod van rechtshulpverleners	194
9.6	De waarborging van de toegankelijkheid van het stelsel	198
9.6.1	Het palet aan rechtshulpvormen	198
9.6.2	De fysieke bereikbaarheid	200
9.6.3	De financiële bereikbaarheid	203
9.7	Conclusie	206
9.8	Evaluatie	207
9.9	Aanbevelingen	210
X	De Wsnp: weg ermee? Een studie naar overheids-inmenging in de schuldenproblematiek van natuurlijke personen	213
10.1	Het Rijk rond schulden	213
10.1.1	Inleiding	213
10.1.2	Opbouw	214
10.2	Strekking en doelstellingen van de Wsnp	215
10.2.1	Algemeen	215
10.2.2	Doelstellingen van de Wsnp	216
10.2.3	Het wettelijke traject	217
10.2.4	Het minnelijke traject	218
10.2.5	De schuldhulpverleningsketen	219
10.2.6	Cijfers	220

10.3	Doelmatigheid van de Wsnp en de neveneffecten van ondersteuning door de overheid	222
10.3.1	Algemeen	222
10.3.2	Doelmatigheid van de Wsnp	222
10.3.3	Schuldeisers	225
10.3.4	Kredietverstrekkers: veroorzaker van schulden?	225
10.3.5	Andere zwakke punten	228
10.4	Aanpassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen	229
10.4.1	Algemeen	229
10.4.2	Wetsvoorstel 29 942	229
10.4.3	Kritiek op de wetswijziging	232
10.5	Beleidsvoornemens Ministeries	233
10.5.1	Algemeen	233
10.5.2	Beleidsvoornemens Ministeries	233
10.6	Aanbevelingen en conclusie	234
10.6.1	Algemeen	234
10.6.2	Preventie	235
10.6.3	Curatieve maatregelen	237
10.6.4	Nazorg, uitval en recidive	238
10.6.5	Kosten	238
10.6.6	Slotsom	239

I Inleiding

Willem van Boom, Siewert Lindenberg en Sanne Pape¹

1.1 Van ‘facilitator’ tot actieve ondersteuner

Regels kunnen op verschillende manieren worden gehandhaafd en zo gezien is privaatrecht dus ‘slechts’ één van meer opties voor een wetgever die regels stelt en handhaving nastreeft. Zo zou een regel die het maken van misleidende reclame verbiedt, kunnen worden gehandhaafd door strafrechtelijke vervolging – denk aan geldstraffen voor de onderneming of zelfs vrijheidsbeneming van de directie van de betreffende onderneming – of ook door het aanwijzen van een toezichthouder die met publiekrechtelijke bevoegdheden tot naleving kan dwingen – denk aan een last met dwangsom. In werkelijkheid wordt het verbod van het maken van misleidende reclame primair privaatrechtelijk gehandhaafd, namelijk door aan belanghebbenden het recht te geven om een civielrechtelijke verbods- en rectificatie-actie in te stellen danwel wegens misleidende reclame schadevergoeding te vorderen.

Tussenvormen van handhaving die als het ware tussen de genoemde drie traditionele rechtsgebieden in gesitueerd zijn, komen we ook tegen. Bij het voorbeeld van misleidende reclame kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat een geïnstitutionaliseerde vorm van zelfregulering van de reclamemarkt al jaren geleden tot de instelling van een buitengerechtelijke klachtencommissie, de Reclame Code Commissie, heeft geleid.

Het voorbeeld van misleidende reclame is er één van vele: steeds waar wetgevers en beleidsmakers kiezen voor het reguleren van verhoudingen tussen burgers onderling, moet een afweging worden gemaakt tussen de verschillende vormen van regelgeving en vormen van handhaving. Daarbij is vaak het beleidsmotto dat zelfredzaamheid van burgers voorop moet staan en dat de markt zijn werk moet doen. Pas als burgers niet zelfredzaam blijken, niet hun eigen boontjes kunnen doppen en als de markt zijn werk niet goed doet, dan is overheidsinterventie gewenst. Natuurlijk zijn er verschillende varianten van deze glijdende schaal tussen ‘autonomie’, ‘laissez faire’ enerzijds en actief interventionistisch paternalisme anderzijds, maar de grondhouding van de overheid is niettemin afwachtend. In dit boek staat een bijzondere ‘tussenvorm’ centraal die zich ergens op het midden van de bedoelde schaal bevindt. Die tussenvorm betreft privaatrechtelijke handhavingsmiddelen die door de overheid wordt ondersteund.

Ondersteuning is niet vanzelfsprekend. Heeft een burger geld te vorderen van een ander? Heeft een burger meer schulden dan hij kan betalen? De klassieke

¹ Verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

richtingen die het privaatrecht aanwijst, zijn eenvoudig: om vorderingen te innen neemt de burger een deurwaarder in de arm, een advocaat, hij wendt zich tot de rechter. Heeft de burger teveel schulden, dan volgt faillissement en verhalen de schuldeisers zich op zijn vermogensbestanddelen. De ‘ondersteuning’ die de overheid van oudsher in dit model van privaatrecht geeft, is vooral beperkt tot de faciliterende rollen van wetgever en geschillenbeslechter.

Maar daar staat tegenover dat de overheid in bepaalde gebieden die traditioneel tot het domein van het privaatrecht behoren, op één of andere manier een bijzondere ondersteuning geeft die verder gaat dan alleen wetten maken en rechters bezoldigen. Die verdergaande ondersteuning kan variëren van een subsidie of het op andere wijze faciliteren van organisaties die collectieve belangenbehartiging via het privaatrecht verrichten tot het opzetten van een volwaardige organisatie die zich een dergelijke behartiging ten doel stelt en die in bepaalde opzichten meer bevoegdheden heeft dan ‘gewone’ burgers. Bij de eerste variant kan worden gedacht aan de Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (BREIN), die door de overheid ondersteund wordt met wettelijke bevoegdheden en bij de tweede variant aan het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO), een bureau van de rijksoverheid met een miljoenenomzet dat feitelijk alimentatiegerechtigden ondersteunt bij het innen van kinderalimentatie.

Ook kan gedacht worden aan bijzondere ondersteuning in speciale wetgeving voor speciale groepen, bijvoorbeeld door het instellen van een bijzondere procedure die bepaalde burgers extra ondersteuning biedt in hun privaatrechtelijke positie. Een goed voorbeeld daarvan is de zogenaamde Wet Terwee, die de schadevergoedingspositie van slachtoffers van misdrijven beoogt te verbeteren. Denkbaar is een nog ingrijpender ondersteuningsmiddel, namelijk wanneer de wetgever toestaat dat de in beginsel privaatrechtelijke handhavingsmechanismen – civiele gebods- en verbodsactie, schadevergoedingactie – niet door een private maar (ook) door een *publieke* belangenbehartiger worden gebruikt. Zo kennen we sinds kort de Consumentenautoriteit, die tot op zekere hoogte ook van het privaatrecht ‘gebruik maakt’ om handhavingsdoelen te verwezenlijken.

Vragen die in dit verband rijzen zijn: *waarom* ondersteunt de overheid privaatrechtelijke ‘processen’, en *onder welke omstandigheden* doet de overheid dat? En wat zijn de *gevolgen* voor het privaatrecht? Hoe *reageren* de private actoren op overheidsinterventie? Zijn er ongewenste *neveneffecten* te bespeuren? Is overheidsinmenging per saldo wel *verstandig*?

Het zijn deze vragen die in elk van de bijdragen aan dit boek terugkeren en die de rode draad van het boek vormen. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen gepresenteerd. Allereerst zal een beknopt overzicht worden gegeven van de bijdragen aan het boek (par. 2) en vervolgens geven wij in het kort de ‘rode draad’ van de bijdragen weer. Daarbij besteden wij in het bijzonder aandacht aan enerzijds de vraag waarom de overheid tot ondersteuning overgaat (par. 3), en anderzijds de moeilijkheden die ontstaan als men kennis van baten, kosten en neveneffecten wil verzamelen (par. 4).

1.2 De bijdragen

1.2.1 *Collectieve privaatrechtelijke handhaving in het auteursrecht*

In hoofdstuk twee behandelt Bart Hoyng de problematiek van de ondersteuning van handhaving van auteursrechten. Optreden tegen inbreuken op intellectuele eigendomsrechten, meerbepaald auteursrechten, is niet eenvoudig voor individuele rechthebbenden. Er zijn kosten van ‘monitoring’, kosten van handhaving en executie. Die uitgaven worden kleiner en het handhavingsbereik groter als rechthebbenden zich verenigen in organisaties. Stichting Brein is een dergelijke organisatie en zij wordt in deze bijdrage nader onderzocht.

In de bijdrage draait het om de vraag op welke manieren de overheid, direct en indirect, de *collectieve* handhaving van auteursrechten ondersteunt. Er zal worden gekeken naar de door de overheid gecreëerde omgeving, die het mogelijk maakt dat intellectuele eigendomsrechten effectief door Brein kunnen worden gehandhaafd.

Voor een beter begrip van de omgeving waarin Brein opereert, zal een beeld geschetst worden van de beheersorganisaties die achter de oprichting van Brein zitten en van de problemen die zich hebben voorgedaan met het toezicht op deze beheersorganisaties. Daarna zal worden gekeken naar Brein en haar bevoegdheden; hoewel zij zich kleedt in het gewaad van een private stichting, zijn er toch bijzondere vertakkingen naar de overheid die haar tot een hybride figuur maken. In dat verband wordt een aantal door de stichting zelf bedachte procedures behandeld die bij handhaving ingezet worden. Daaropvolgend zal de samenwerking die Brein aangaat met verschillende organisaties aan bod komen. Een van de constatering van Hoyng is dat hoewel steeds benadrukt wordt dat handhaving primair in handen is van de rechthebbenden, de overheid veel invloed kan uitoefenen op de collectieve privaatrechtelijke handhaving.

1.2.2 *De privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit*

In hoofdstuk drie behandelt Mieke van Campen de problematiek van handhaving tegen inbreuken op ‘collectieve consumentenbelangen’ in het consumentenrecht. Sinds 1 januari 2007 is Nederland namelijk een toezichthouder rijker, de Consumentenautoriteit.

Deze nieuwe ‘waakhond’ ziet, als dienst van het Ministerie van Economische Zaken, toe op de naleving van consumentenrecht en heeft als missie ‘het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten, waarbij de economische belangen van consumenten het uitgangspunt zijn’. Er was – dat wordt althans gesteld – sprake van een structureel nalevingstekort op consumentenmarkten in Nederland en er ontbrak als één van de weinige landen in Europa een publieke toezichthouder op het algemene terrein van het consumentenrecht.

De belangrijkste taken zijn het aanpakken van collectieve inbreuken en vergroten van de kennis bij zowel de consument als de bedrijven. Op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming houdt de Consumentenautoriteit bestuur-

lijk toezicht op voornamelijk privaatrechtelijke consumentenregels. Dit is een tamelijk onbekende figuur in het Nederlandse rechtsbestel. Voor het afdwingen van naleving van de regelgeving kan de Consumentenautoriteit gebruik maken van privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Wat betreft de privaatrechtelijk te handhaven regels is er sprake van een duaal stelsel. Het toezicht vindt bestuursrechtelijk plaats, de handhaving loopt via de civiele rechter.

Dit is juridisch-technisch beschouwd een opmerkelijk systeem, maar het roept ook beleidsvragen op. Waarom intervenueert de overheid in dit gebied dat traditioneel tot het domein van het privaatrecht lijkt te behoren? Hoe verhoudt het publieke toezicht zich tot de privaatrechtelijke handhaving? Kortom: in deze bijdrage zal de rol van de publieke Consumentenautoriteit bij de privaatrechtelijk geregelde consumentenregels worden onderzocht en zal worden getracht een antwoord te formuleren op de vraag of privaatrechtelijk handhaven door de overheid in het kader van de collectieve consumentenbelangen wenselijk is.

Van Campen sluit af met de opmerking dat de oprichting van de Consumentenautoriteit een stap is in de goede richting om de bescherming van consumentenrechten te verbeteren. Zij verwacht dat, ondanks zijn korte bestaan, de autoriteit een waardevolle rol gaat vervullen voor de bescherming van de collectieve consumentenbelangen.

1.2.3. Landelijke inning van kinderalimentatie

In hoofdstuk vier behandelt Marjanne Kroonen de problematiek van overheidsbemoeienis van de inning van kinderalimentatie, een bemoeienis die in Nederland al jarenlang een feit is. De overheidsactiviteit wordt nu uitgeoefend door middel van het zelfstandige bestuursorgaan: het LBIO (Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen). Achtereenvolgens zal worden gezien wat het LBIO doet op het gebied van de inning van kinderalimentatie, welke bevoegdheden zij hier toe heeft gekregen en welke kosten hiermee zijn gemoeid. Er wordt aandacht besteed aan het op dit moment bestaande alternatief dat de alimentatiegerechtigde ten dienste staat, te weten: het reguliere executierecht. Ook zal worden stilgestaan bij een andere situatie waarin de inning van kinderalimentatie de daartoe gerechtigde uit handen wordt genomen, namelijk de situatie dat de alimentatiegerechtigde ook bijstandsgerechtigde is. In dat geval zal de gemeente de kosten van bijstand verhalen, en op die wijze – indirect – de invordering van de kinderalimentatie overnemen. Na aldus een inzicht te hebben verschaft in het de werkzaamheden van het LBIO, de daarmee gemoeide kosten alsmede de alternatieven te hebben gepresenteerd, zal worden gezien of er mogelijkheden zijn tot verbetering. Verbetering zowel ten aanzien van de werkwijze van het LBIO als van de onderliggende wetgeving op het gebied van alimentatievaststelling. Vooral bij dit laatste aspect zal aandacht worden besteed aan het inmiddels ingetrokken – doch lange tijd in behandeling geweest zijnde – wetsvoorstel Wet Herziening Kinderalimentatiestelsel. De bijdrage concludeert tenslotte dat de overheidsbemoeienis met de betaling van kinderalimentatie een maatschappelijk

doel dient en dat de kosten die er mee gemoeid zijn niet onevenredig groot lijken te zijn.

1.2.4 Bescherming tegen de pers door aansprakelijkstelling

In hoofdstuk vijf behandelt Fleur van 't Laar de problematiek van kwaliteitsborging van perspublicaties door het privaatrecht en hoe overheidsinterventie die privaatrechtelijke borging mogelijk kan verbeteren. De pers speelt namelijk een belangrijke rol binnen een democratische samenleving, maar het komt geregeld voor dat daarbij de reputatie of privacy van personen geschaad wordt. In de praktijk blijkt het vaak lastig om tegen deze schendingen op te treden. Zo is de marktwerking voor zowel de kwaliteitsmedia als voor de niet-serieuze roddelpers geen geschikt middel om bij te dragen aan kwalitatief goede berichtgeving en daarmee bescherming tegen aantasting van privacy of reputatie. Ook het strafrecht biedt weinig uitkomst omdat er weinig vervolging plaatsvindt en van de klachten die worden vervolgd, leiden er maar weinig tot een veroordeling. Het tuchtrechtelijke optreden van de Raad voor de Journalistiek blijkt meestal niet effectief en ook aan de civiele procedure kleven een aantal nadelen. Dit maakt dat de benadeelde grote behoefte aan rechtsbescherming heeft. Voor goede rechtsbescherming is een goede toegang tot het recht vereist. De hoofdvraag in deze bijdrage is dan ook welke rol de overheid kan en zou moeten spelen om de toegang tot het recht in perszaken te verbeteren. Daarbij is het van belang vooral te kijken naar de opties die enerzijds de positie van de benadeelde verbeteren, terwijl anderzijds de persvrijheid zo min mogelijk wordt belemmerd.

Van 't Laar concludeert dat de toegang tot de civiele rechter verbeterd en vereenvoudigd zou kunnen worden, onder andere door partijen in een vroegtijdig stadium tot het uitwisselen van standpunten te prikkelen, door een regeling in te voeren dat een schikkingsaanbod aantrekkelijk maakt, maar ook door een snelle voorlopige voorziening, lagere griffierechten, eenvoudiger schadevergoedingsrecht en gespecialiseerde kamers te faciliteren.

1.2.5 De Garantstellingsregeling curatoren

In hoofdstuk zes behandelt Pinar Yildirim de problematiek van verhaalsacties van curatoren tegen voormalige bestuurders van de gefailleerde onderneming. In het kader van fraudebestrijding en bestrijding van georganiseerde misdaad heeft de wetgever in de jaren '80 twee wetten in het leven geroepen om bestuurders van rechtspersonen in hun privé-vermogens aan te kunnen spreken. De centrale gedachte hierbij is dat curator bij vermoeden van faillissementsfraude actief dient te onderzoeken of bestuurders hun taken op deugdelijke wijze hebben uitgevoerd en of zich onregelmatigheden in de periode voorafgaande faillissement hebben voorgedaan. Duidelijk is dat dit de curator tijd en geld kost, terwijl de opbrengsten onzeker zijn. Door middel van de voorschotregeling, later Garantstellingsregeling, is het mogelijk dat de Staat der Nederlanden aan een curator

bij vermoeden van faillissementsfraude een voorschot verstrekt om de kosten van onderzoek en procederen te dekken.

In de praktijk blijkt de Garantstellingsregeling niet soepel te werken. Met name de strenge toetsingscriteria en het ontbreken van vergoeding voor kosten gemaakt vóór de aanvraag worden door curatoren als belemmerend ervaren. Maar afgezien van de ervaringen van curatoren is natuurlijk van belang of de regeling aan het doel beantwoordt. Daarover is vrijwel niets met zekerheid te zeggen. Yildirim constateert dat een samenhangend anti-fraude beleid ontbreekt, dat samenwerking bij civielrechtelijke en strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude niet optimaal is, en dat specifieke problemen van taakafbakening en samenwerking door betere samenwerking en informatie-uitwisseling onder leiding van de overheid aangepakt zouden moeten worden.

1.2.6 De Loondoorbetalingsgarantie bij faillissement

In hoofdstuk zeven behandelt Evy Panneflek de problematiek van loondoorbetaling bij faillissement van de werkgever. De werknemer is in de regel geheel afhankelijk van inkomsten die voortvloeien uit zijn arbeidsovereenkomst, zodat hij kwetsbaar is voor insolventie van de werkgever. Om de werknemer enigszins te beschermen tegen nadelige financiële gevolgen van deze insolventie, is de loongarantieregeling in het leven geroepen. De regeling geeft uiteraard geen volledige dekking – dat doet de werkloosheidswet immers ook niet – maar maakt de landing iets minder hard door een vangnetregeling te bieden voor onvervulde loonaanspraken. De werknemer kan kort gezegd jegens het UWV aanspraak maken op betaling van achterstallig loon over de periode van ten hoogste dertien weken voorafgaande aan het einde van zijn dienstbetrekking, loon over de opzegperiode en vakantiegeld. De loongarantieregeling wordt gefinancierd door het collectief van werkgevers én werknemers. Dat is voor die laatste categorie als het ware een sigaar uit eigen doos, want het is de verplichting van de werkgever om het loon uit te betalen.

Panneflek gaat in op de vraag of het wellicht mogelijk is om de loongarantieregeling, die thans de vorm heeft van een publiekrechtelijke regeling, op een andere wijze vorm te geven zonder dat het doel – het treffen van een voorziening voor werknemers om op voorhand de loonbetaling veilig te stellen – in gevaar komt. Een private verzekeringsvorm is een mogelijke optie die daarbij wordt verkend. Bij deze optie is de rol van de overheid zeer beperkt en bovendien brengt verzekeren sociale en economische voordelen met zich mee. Maar een dergelijke private oplossing moet gedragen worden door de beginselen van verzekerbareheid, en dan blijken averse selectie en serieschade-problematiek moeilijk anders te verhelpen dan door een verplichte (directe schade-)verzekering. Een aantal uitvoeringsmodaliteiten dient zich dan aan, aldus Panneflek, en die worden geanalyseerd.

1.2.7 *Mediation op initiatief van de overheid*

In hoofdstuk acht behandelt Martin Bil de overheidsondersteuning van mediation. Daarbij is de wenselijkheid van overheidsondersteuning van private handhaving van belang, niet alleen omdat mediation zelf als geschiloplossingsmethode steeds belangrijker wordt, maar ook omdat het stimuleren van mediation onvermijdelijk tot vragen leidt met betrekking tot het functioneren van de overheidsrechtspraak. Is die dan niet goed genoeg? Waar de overheid eerst de nadruk legde op vermindering van de werkdruk van de rechter als één van de doelstellingen ten aanzien van alternatieve geschiloplossing, wordt momenteel het belang van de kwalitatieve doelstellingen vooropgesteld. Als de overheid goed zicht heeft op de gevallen waarin mediation een betere oplossing geeft, dan worden ook de noodzaak en de grenzen van overheidsondersteuning van mediation inzichtelijk. Waar partijen in staat zijn zelf tot oplossingen te komen, dient de overheid volgens Bil terughoudend te zijn in het ondersteunen van mediation. Om partijen een weloverwogen keuze te kunnen laten maken tussen volwaardige en wederzijds aanvullende conflictoplossingsmethoden is het slechts noodzakelijk dat partijen over voldoende informatie beschikken, onnodige financiële drempels worden weggenomen en de kwaliteit van de mediation zodanig is dat de positie van zwakkere partijen voldoende bescherming wordt. Dáár moet overheidsondersteuning zich op concentreren.

1.2.8 *Rechtshulp op kosten van de overheid*

In hoofdstuk negen stellen Ingrid Ramdjiawan en Bas Scheermeijer de problematiek van gesubsidieerde rechtshulp voor minder draagkrachtigen centraal, en dan met name ook de recente herziening van het stelsel van deze rechtshulp. In de aanloop naar de herziening is namelijk onderzoek gedaan naar de mogelijke effecten op de gesubsidieerde rechtshulp, maar over de werkelijke effecten is – de halfjaarlijkse voortgangsrapportages ten spijt – nog niet veel bekend.

Na een korte schets van de geschiedenis van de gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland behandelen de auteurs de doelstellingen van de stelselherziening zoals deze door de commissie Ouwerkerk zijn geformuleerd. Deze doelstellingen worden vervolgens door Ramdjiawan en Scheermeijer als beoordelingskader gebruikt voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag of het mogelijk is om te beoordelen in hoeverre de doelstellingen van de stelselherziening van de gesubsidieerde rechtsbijstand zijn behaald. Daarbij worden de veranderingen voor rechtsbijstandverleners – het Juridisch Loket, de rechtswinkels en de sociale advocatuur – centraal gesteld. Naast literatuur en beschikbaar cijfermateriaal, wordt ook gebruik gemaakt van de resultaten van de enquête die de auteurs hielden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie, gevolgd door een evaluatie van de enquête onder de rechtshulpverleners en de aanbevelingen van de auteurs.

1.2.9 *Schuldsanering particulieren*

In hoofdstuk tien behandelt Özlem Akarca de problematiek van schuldsanering van particulieren. Naar schatting kampen 500.000 huishoudens in Nederland met schulden, waarvan er 150.000 als problematisch zijn aan te merken. Met de invoering van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (WSNP) per 1 december 1998 is in Nederland het sluitstuk gezet op de regelgeving van schuldhulpverlening. Deze wet beoogt te voorkomen dat natuurlijke personen met problematische schuldsituaties in een faillissement terechtkomen en biedt uitzicht op een schuldevrije toekomst via een gerechtelijke procedure. De ‘stok – achter – de – deur functie’ is een doelstelling geweest die het buitengerechtelijke minnelijke traject diende te verbeteren, maar al snel na de invoering van deze wet bleek dat de wettelijke schuldsaneringsregeling de zwakke punten van dat minnelijke traject juist heeft blootgelegd en een aantrekkelijk alternatief is gaan vormen voor de traditionele schuldhulpverlening. Een groot probleem hierbij is het feit dat een minnelijke regeling niet afdwingbaar is en schuldeisers in de regel geen vertrouwen hebben in de minnelijke schuldhulpverlening. Daarnaast gaan de rechtbanken gebukt onder het bulkwerk dat de WSNP met zich meebrengt, waardoor de kwaliteit van de schuldhulpverlening niet gewaarborgd kan worden. Hierdoor staat het gehele systeem van de schuldsanering onder druk. Gevolg is dat de wet haar draagvlak dreigt te verliezen.

Akarca is van oordeel dat de overheid krachtig moet ingrijpen in de verhouding tussen debiteur en crediteur om tot een effectieve schuldsaneringsregeling te komen. Ten eerste dient de overheid zich te richten op harmonisatie van de uitvoering in het minnelijke en het wettelijke traject. Wetsvoorstel 29 942 – dat naar verwachting 1 januari 2008 in werking zal treden – is hierbij een belangrijke stap om de twee trajecten beter op elkaar te laten aansluiten. De invoering van een dwangakkoord, waardoor schuldeisers via de rechter gedwongen kunnen worden hun medewerking te verlenen aan een minnelijk akkoord, vormt het belangrijkste middel om het minnelijke traject te versterken. Daarnaast heeft de vereenvoudiging van de gerechtelijke procedure ten doel de werkdruk voor de rechterlijke macht te verminderen.

Belangrijker misschien nog dan deze aanpassingen is overheidsinterventie op het vlak van preventieve maatregelen, die moeten voorkomen dat natuurlijke personen überhaupt in problematische schuldsituaties terechtkomen. De Wet op het financieel toezicht (Wft), die op 1 januari 2007 in werking is getreden, speelt hierbij een grote rol. Om een evenwichtigere verhouding tussen de consument en kredietverstrekker te realiseren en overkreditering te voorkomen, dienen agressieve kredietverstrekkers een halt toegeroepen te worden. Want dáár lijken schulden te gemakkelijk te worden gemaakt. Akarca komt met een aantal aanbevelingen, zoals uitgebreidere kredietwaardigheidsstoets via het Bureau Kredietregistratie die het té gemakkelijk verstrekken van financiële diensten aan consumenten kan voorkomen. Daarnaast moet naar het oordeel van de auteur misleidende reclame krachtig worden aangepakt. Een belangrijke taak ligt hier bij de Autoriteit Financiële Markten als toezichthouder op de Wft. Akarca kiest voor

een duidelijk repressieve koers: de AFM dient een lik-op-stuk beleid te gaan voeren door het sanctioneren met hogere boetes, het publiceren van boetes en/of het intrekken van vergunningen van instellingen die de regels blijven overtreden. Naast de maatregelen met betrekking tot de Wft, dient de overheid gerichte voorlichting aan jongeren te geven over budgetbeheer aan jongeren, dient zij het minimale gebruik van bepaalde inkomensvoorzieningen tegen te gaan en tot certificering van schuldbemiddelingsinstanties over te gaan om een hogere kwaliteit te verkrijgen.

Ten derde dient er naar het oordeel van Akarca meer aandacht te worden besteed aan de nazorg na het doorlopen van het wettelijke traject om recidive te voorkomen en de duurzaamheid van ‘schone leien’ te waarborgen, bijvoorbeeld door het aanbieden van budgetbegeleiding en psychosociale hulp waar nodig.

1.3 Waarom ondersteuning?

Elk van de bijdragen betreft een concrete situatie waarin de overheid een bijzondere rol vervult bij het ondersteunen van privaatrechtelijke processen of waarin die bijzondere rol nadrukkelijk overwogen wordt door de politiek of gevraagd wordt door belanghebbenden. Die bijzondere rol is soms kennelijk nodig: heel vaak werkt privaatrecht zonder actieve ondersteuning door de overheid, maar soms ook niet. Hoe gaat de overheid daar mee om in deze ‘schemergebieden’ tussen privaatrecht en publieke handhaving?

Om daar verantwoorde antwoorden op te formuleren, moeten we niet alleen kennis hebben van privaatrecht, maar ook iets weten van hoe regelgeving tot stand komt (dus niet juridisch, maar meer vanuit beleidsoogpunt bezien) en hoe de werking van regels geëvalueerd wordt. Het vergt dus een iets bredere blik dan alleen de toepassing van regels in concreto. Elk van de bijdragen tracht daarom te kijken naar de achterliggende problemen en de door de overheid in antwoord daarop geformuleerde beleidsdoelen. Centraal daarbij staat de vraag vooreerst *waarom* het privaatrecht het niet kan stellen zonder actieve ondersteuning door de overheid. Die gronden voor overheidsinterventie komen tot op zekere hoogte overeen met klassieke gronden voor overheidsbemoeienis zoals in de rechtseconomie verwoord, te weten: marktfalen door informatieasymmetrie en externaliteiten. Maar daarnaast zijn duidelijk politieke motieven voor herverdeling van welvaart te herkennen.

In de eerste plaats is er de ‘smeermiddel’ functie die de overheid kan vervullen. Soms hebben betrokken private partijen een duwtje in de rug nodig om tot elkaar te komen; de overheid ondersteunt dan het oprichten van bijvoorbeeld een stichting of vereniging, een ‘platform’, ‘overleggroep’ waar partijen ervaringen uitwisselen, de handen ineen slaan en gezamenlijk standpunten bepalen. Het stimuleren van zelfregulering door de overheid is een klassiek voorbeeld. Contouren van deze weinig interventionistische, maar vaak effectieve ondersteuning zien we bijvoorbeeld bij de stichting Brein – zie de bijdrage van Hoyng – maar is bijvoorbeeld ook een onderdeel van het takenpakket van de Consumentenau-

toriteit (het ‘maatschappelijk overleg’ van ondernemersvertegenwoordigers en consumentenvertegenwoordigers) waar Van Campen in dit boek over schrijft. En zo zijn er meer voorbeelden.

In de tweede plaats is soms nodig dat de overheid financiële middelen verstrekt omdat deze middelen niet via de reguliere commerciële kanalen vrijkomen voor de betreffende actoren, maar deze middelen wel nodig zijn om een maatschappelijk wenselijke activiteit te kunnen ontplooiën. Het bieden van ‘toegang tot het recht’ aan de laagste inkomensklassen door middel van gesubsidieerde rechts-hulp is in dit verband natuurlijk een belangrijke categorie, zo laten Ramdjiawan en Scheermeijer in hun bijdrage zien, maar het opzetten van allerlei informatie-steunpunten – variërend van de stichting Het Juridisch Loket tot de website *consuwijzer.nl* van de Consumentenautoriteit – hoort ook bij deze categorie. Kroonen laat in haar bijdrage zien dat het bemiddelen in het innen van kinderalimentatie zoals het LBIO dat doet, ook een vorm is van het borgen van ‘toegang tot het recht’ van kinderen.

Een verwante figuur – die meerdere doelen lijkt te dienen – is het stimuleren van alternatieve geschilbeslechting. Financiële ondersteuning van experimenten met mediation dient niet alleen het belang van ‘toegang tot laagdrempelige oplossing van conflicten’ voor burgers maar kan ook – Bil laat dat in zijn bijdrage zien – een alternatief voor de gang naar de burgerlijke rechter zijn. In dat opzicht is deze beleidslijn te vergelijken met het subsidiëren van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken en het instellen van het Klachten Instituut Financiële Dienstverlening KiFiD.

Soms is actieve interventie in privaatrechtelijke verhoudingen ingegeven uit pure sociale overwegingen van inkomensbescherming. Dit zien we bij de loon-doorbetalingsgarantie bij faillissement. De vorm – een sociale verzekeringsvorm met verplichte bijdrage van het collectief werknemers en werkgevers – kenmerkt zich door solidariteit van ‘allen met enkelen’, zoals Panneflek in haar bijdrage laat zien. De overheidsbemoeienis met schuldsanering en schuldhulpverlening – daarover de bijdrage van Akarca aan dit boek – komt ook voort uit een paternalistische beleidsvisie, namelijk dat individuen niet in staat zijn om zich op eigen kracht aan hun financieel uitzichtloze situatie te ontworstelen (een visie die overigens door de feiten onderschreven wordt, zo volgt uit het betoog van Akarca).

Een vorm van uiterst actieve interventie kan – zoals Van Campen laat zien ten aanzien van de Consumentenautoriteit, Van ’t Laar ten aanzien van de problematiek van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van de pers, en Yildirim ten aanzien van de Garantstellingsregeling curatoren – ingegeven zijn door een geconstateerd of vermoed handhavingstekort en een inherent gebrek aan prikkels voor private partijen om dat tekort weg te nemen.

1.4 Het beleidsproces: een lichtknopje in het halfluister

Vervolgens is de vraag aan de orde of de vorm van actieve ondersteuning zoals gekozen of voorgenomen door de betreffende beleidsmaker een passende oplos-

sing voor het gesignaleerde probleem biedt. Beantwoording van die vraag is gecompliceerd. Ze vergt een empirische analyse die veelal buiten het bestek van de bijdragen valt. Wel is in de bijdragen in dit boek uiteraard steeds gebruik gemaakt van reeds beschikbaar materiaal en bestaande analyses, en is waar mogelijk bij beleidsmakers en – uitvoerders uitgebreid informatie ingewonnen. Het beeld dat naar voren komt is dat het ontwerpen van beleid en het evalueren van uitgevoerd beleid kennelijk veel lijkt op zoeken naar het lichtknopje in het half-duister.

Een beleidsmaker die constateert dat er een maatschappelijk probleem is – bijvoorbeeld een onwenselijk grote hoeveelheid frauduleuze faillissementen waar Yildirim over rapporteert – kan verschillende strategieën kiezen om het probleem te lijf te gaan. Eén van die strategieën kan het ontwikkelen van faciliterende wetgeving betreffen, die het bijvoorbeeld eenvoudiger of lucratiever moeten maken voor curatoren om verhaalsvorderingen op bestuurders in te stellen.

In een theoretisch model kiest de rationele beleidsmaker een middel om een bepaald doel te bereiken – bijvoorbeeld het middel van de omkering van bewijslast ten aanzien van behoorlijk bestuur bij verhaalsvorderingen – om te bereiken dat meer verhaalsvorderingen ingesteld en toegewezen worden en dat daardoor bestuurders geprikkeld worden om minder te frauderen. In dat laatste element schuilen verschillende gedragsassumpties, zowel wat betreft de gedragingen van curatoren als die van bestuurders.

De rationele beleidsmaker probeert van tevoren een beredeneerde inschatting te maken van de te verwachten effectiviteit van het middel (de baten), maar ook van de kosten en effecten. Na implementatie van het middel zal de rationele beleidsmaker na verloop van tijd willen weten in hoeverre het middel werkelijk effectief is en tegen welke prijs. De uitkomsten van die evaluatie kunnen aanleiding geven om de beleidscyclus te herhalen. Schematisch kan de theoretische cyclus er aldus uitzien:²

1. signaleren van het probleem: er zijn teveel gevallen waarin faillissement ontstaat door frauduleuze bestuurdershandelingen;
2. doel: minimaliseren van het aantal faillissementen door bestuurdersfraude;
3. middel: het vergemakkelijken van verhaalsvorderingen door het omkeren van bewijslast;
4. gedragsassumpties: als het voor curatoren eenvoudiger wordt om te verhalen, zullen zij dat vaker doen. En als zij dat vaker doen, wordt vaker verhaal genomen op bestuurders en dat vooruitzicht zal bestuurders beter prikkelen om niet te frauderen;
5. inschatting op voorhand van kosten, baten en effecten van het middel;

² Zie over de beleidscyclus bijv. Wayne Parsons, *Public Policy*, Cheltenham: Edward Elgar 1995/2003, p. 77.

6. evaluatie na een bepaalde periode: bepaling van werkelijke kosten, baten en effecten; in hoeverre heeft het middel de uitwerking gehad die verondersteld werd? Tegen welke kosten en welke (ongewenste) effecten?
7. opnieuw aanvangen met de beleidscyclus.

Op verschillende punten in de cyclus zijn gegevens nodig: bij de stap van 2 naar 3 is kennis nodig van beleidsinterventies die effect kunnen hebben. *Hoe* kunnen we het aantal gevallen van faillissementsfraude minimaliseren? Bij het kiezen van het middel moeten we iets weten over geschiktheid, de te verwachten kosten en mate van effectiviteit alsmede de te verwachten neveneffecten. Daarvoor is kennis nodig van de elementen genoemd bij 4 en 5.

Vervolgens zullen na verloop van tijd de opbrengsten van de beleidsinterventie gemeten moeten worden. Die meting is lang niet altijd eenvoudig en soms ontbreekt het aan meting danwel sprekende uitkomsten. Leidt het faciliteren van verhaalsacties door middel van de Garantstellingsregeling curatoren tot minder faillissementsfraude? Leidt de WSNP en overheidsfinanciering van schuldhulpverlening tot blijvende sanering van de schulden van de betrokkenen? Zal de instelling van de Consumentenautoriteit tot een optimale graad van naleving van consumentenrecht leiden? En zo ja, is de manier waarop het beleidsdoel wordt nagestreefd, kosteneffectief, of zijn doeltreffende alternatieven tegen lagere kosten voor de maatschappij denkbaar? En wat leert evaluatie over ongewenste neveneffecten?

Beleid maken, uitvoeren en evalueren is geen (exacte) wetenschap. Het gevolg daarvan is dat uitspraken over baten, kosten en effecten voorzichtig geformuleerd moeten worden: evaluatie van de Garantstellingsregeling biedt eigenlijk geen aanwijzing dat deze tot minder fraude leidt; WSNP en schuldhulpverlening lijken maar beperkt tot blijvende oplossingen voor betrokkenen te leiden. Interventie door het LBIO bij kinderalimentatie lijkt een redelijk effectief middel tegen aanvaardbare kosten.

Als er iets is dat de bijdragen aan dit boek illustreren, dan is het dat er veel onbekend is en dat het lang niet altijd duidelijk is of ondersteuning van het privaatrecht echt goed werkt. Wat evaluatie van overheidsinterventie bovendien moeilijk maakt is dat maatregelen zelden eenvormig zijn, maar vaker onderdeel uitmaken van een 'beleidsmix' van maatregelen: een snufje privaatrecht, een toefje strafrecht, een toezichthouder en een flinke dosis zelfregulering. Probeer dan maar eens de effecten van één van deze onderdelen te meten....

Laat dat overigens niet worden opgevat als ontmoediging voor overheidsinterventie. Beleid is geen wetenschap en zekerheden over voorwaarden, effecten en baten mogen niet worden geëist. Laat het vooral als aanmoediging voor een nieuwe lichterij veelbelovende juristen gelden: er is nog werk te doen.

II Collectieve privaatrechtelijke handhaving van het intellectuele eigendomsrecht ondersteund door de overheid

Bart Hoyng

2.1 Inleiding

Beter goed gejat, dan slecht bedacht. Door het enorme aantal inbreuken op intellectuele eigendomsrechten dat per jaar in Nederland gemaakt wordt, lijkt het onmogelijk voor rechthebbenden om hier nog effectief tegen op te treden. Exacte cijfers zijn niet bekend, maar geschat wordt dat alleen al de Nederlandse entertainmentindustrie in 2004 meer dan € 350 miljoen aan inkomsten zou zijn misgelopen.¹ Om die reden komt de overheid rechthebbenden tegemoet door een omgeving te creëren, waarin zij hun rechten ook daadwerkelijk en effectief kunnen inroepen. Daarbij maken rechthebbenden het zich weer gemakkelijker door zich te verenigen in organisaties. Deze organisaties handhaven collectief hun rechten, zodat handhaving efficiënter kan verlopen. Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (hierna: Brein) is een dergelijke handhavingsorganisatie en zij zal in deze bijdrage nader onderzocht worden.

Wanneer over handhaving wordt gesproken, wordt bedoeld op het in rechte optreden tegen degenen die inbreuk op een auteursrecht hebben gepleegd of dreigen te plegen. Deze handhaving ligt primair bij de individuele rechthebbende, omdat de auteursrechten intellectuele (economische) eigendomsrechten zijn. Het is immers de rechthebbende die bepaalt wie wat mag doen met zijn recht, tegen wie hij wil optreden en met welke maatregelen en procedures.² Handhaving van het auteursrecht wordt dus primair gezien als een taak van de rechthebbende zelf, waarbij de overheid zich 'slechts' heeft verbonden een passend instrumentarium te bieden.

In deze bijdrage draait het om de vraag op welke manieren de overheid, direct en indirect, de *collectieve* handhaving ondersteunt. Er zal worden gekeken naar de door de overheid gecreëerde omgeving, die het mogelijk maakt dat auteursrechten effectief door Brein kunnen worden gehandhaafd. Daarbij is informatie verzameld uit parlementaire stukken, literatuur, verslagen, jurisprudentie en informatie van het internet.³

Voor een beter begrip van de omgeving waarin Brein opereert, zal in par. 2 eerst een beeld geschetst worden van de beheersorganisaties, die achter de oprichting

¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838 nr. 2, p. 25.

² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 6, p. 4 (NV).

³ Met dank aan de coördinerend vice-president van de rechtbank Rotterdam, mr. A.F.L. Geerdes, voor zijn aangebrachte nuanceringen.

van Brein zitten en van de problemen die zich hebben voorgedaan met het toezicht op deze beheersorganisaties. In de derde par. zal worden gekeken naar Brein en haar bevoegdheden bij de collectieve handhaving. Vervolgens worden in de vierde par. een aantal zelfbedachte procedures behandeld, die met de creativiteit van Brein zijn ontwikkeld. Daaropvolgend zal de samenwerking die Brein aangaat met verschillende organisaties aan bod komen in de vijfde par.. Uiteindelijk wordt afgesloten met een conclusie.

2.2 Wettelijk en vrijwillig collectief beheer

2.2.1 Collectief beheer en collectieve handhaving

Collectieve beheersorganisaties zorgen er voornamelijk voor dat royalty's voor het gebruik van beschermde werken gemakkelijker kunnen worden geïnd en uiteindelijk bij de rechthebbenden van de werken terecht komen, terwijl gebruikers er mee kunnen volstaan zich slechts op één adres te vervoegen voor het verkrijgen van toestemming om beschermde werken te gebruiken.⁴

Het gebruik van collectieve beheersorganisaties heeft voordelen voor zowel de gebruikers als de rechthebbenden, met name wanneer sprake is van massagebruik. Het collectief beheer heeft als groot voordeel dat rechthebbenden op en gebruikers van auteurs- en/of nabuurrechtelijk beschermd materiaal, veelal bij één organisatie terecht kunnen om dat gebruik te regelen. Hierdoor worden de administratieve lasten verminderd en de efficiency van de incasso verhoogd.⁵ Collectieve beheersorganisaties kunnen zorgen voor ordening en voorspelbaarheid ten aanzien van product- en eigendomsinformatie, licenties, tarieven en van belang voor deze bijdrage: de handhaving.⁶

In beginsel hebben rechthebbenden de keuze om hun rechten individueel te beheren of het beheer daarvan op te dragen aan een collectieve beheersorganisatie, ook wel het vrijwillig collectief beheer.⁷ Slechts in uitzonderingsgevallen wordt gekozen voor een wettelijk verplicht collectief beheer, waarbij organisaties op grond van de wet, met uitsluiting van andere, exclusief belast zijn met de inning en verdeling van vergoedingen. Met betrekking tot wettelijk verplicht collectief beheer wordt terughoudendheid gewenst geacht, omdat het over het algemeen de vorm beperkt waarin rechthebbenden hun auteursrechten kunnen exploiteren. Een dergelijke terughoudendheid geldt niet ten aanzien van uit de markt zelf afkomstige initiatieven tot samenwerking, zoals bij vrijwillig collectief beheer.⁸

⁴ G. Mom, 'Collectieve auteursrechtenbureaus', in: *Dossier: Ondernemingszaken, deel 23, Onderneming en Intellectuele Eigendom*, Den Haag: Delwel/Advies 1996, p. 62-69 en 131-132.

⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 838 nr. 1, p. 3.

⁶ Werkgroep Auteursrecht VNO-NCW 2006, p. 3, <www.vno-ncw.nl>.

⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838 nr. 2, p. 13.

⁸ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 838 nr. 1, p. 4.

Op het gebied van collectief beheer van rechten ontleen de wettelijke collectieve beheersorganisaties ten opzichte van rechthebbenden en gebruikers een monopoliepositie aan de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten.⁹ Er wordt dan ook wel gezegd dat deze organisaties een wettelijk monopolie hebben.¹⁰ Deze beheersorganisaties zijn van rechtswege, en met uitsluiting van andere, belast met het innen en verdelen van vergoedingen. Hieronder vallen de Vereniging Bureau voor Muziekauteursrecht (Buma), Stichting de Thuis kopie, de Stichting Leenrecht, de Stichting ter exploitatie van naburige rechten (Sena) en de Stichting Reprorecht, die alle volledig gefinancierd worden door de rechthebbenden. Van deze beheersorganisaties zijn Buma en Sena ook aangesloten bij Brein.

Bij vrijwillige collectieve beheersorganisaties staat het rechthebbenden vrij, op basis van het grondwettelijk recht op vereniging en vergadering, om zich te organiseren en hun rechten collectief uit te oefenen.¹¹ Deze organisaties ontleen hun bevoegdheden dan niet rechtstreeks aan een wet, maar zijn afhankelijk van de contractuele afspraken die partijen hier over maken, waarbij het de betrokken beheersorganisaties vrij staat om in hun contracten met aangeslotenen ruimte te laten voor zelfstandige rechtenuitoefening.¹² Voorbeelden van vrijwillige collectieve beheersorganisaties zijn onder andere de Stichting Beeldrecht, Stichting Burafo, Videma, Stemra en NVPI, waarvan de laatste drie organisaties ook zijn aangesloten bij Brein.

Naast de collectieve beheersorganisaties, die belast zijn met de inning en verdeling van vergoedingen, zijn er handhavingsorganisaties opgericht, die belast zijn met de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten. Om de handhaving van auteursrechten beter te laten verlopen is op 1 april 1998 de samenwerking tussen auteurs- en naburig rechthebbenden geformaliseerd en hebben deze organisaties Stichting Brein opgericht. Verschillende wettelijke en vrijwillige beheersorganisaties zijn vertegenwoordigd in Brein. Op dit moment zijn de volgende groepen recht- en belanghebbenden bij Brein aangesloten: Buma, Stemra, Sena, Videma, NVPI, de Amerikaanse rechtspersoon MPA, NVGD en NVF. Een aantal wettelijk verplichte collectieve beheersorganisaties en een aantal vrijwillige collectieve beheersorganisaties hebben zich dus bij de handhaving verenigd in één organisatie.

Uit de statuten van Brein blijkt dat de stichting met een aantal doelstellingen is opgericht. Zo speurt Brein naar on- en offline piraterij, neemt civiele actie en levert informatie en expertise voor strafrechtelijke acties door strafrechtelijke autoriteiten zoals de FIOD-ECD, de politie en het Openbaar Ministerie. Daar-

⁹ Jaarverslag 2005 College van Toezicht Collectieve beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten, p. 2, <www.cvta.nl>.

¹⁰ K. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', *AMI* 2004, p. 45.

¹¹ Ministerie van Justitie, *Auteursrecht in een informatiemaatschappij, bouwstenen voor een justitiestrategie*, Den Haag: SDU Grafisch Bedrijf 2001, p. 33.

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 15.

naast verzorgt Brein voorlichting aan pers, politiek en publiek.¹³ Brein tracht dit onder meer te bereiken door het voeren en doen voeren van procedures ter bescherming van de rechten en belangen van haar aangeslotenen, waarbij de stichting ter verwezenlijking van haar doel op eigen naam in rechte kan optreden.¹⁴ Van belang hierbij is dat met een deel van de door de collectieve beheersorganisaties geïnde vergoedingen Brein volledig wordt gefinancierd. Betrokkenheid van de overheid bestaat hier, doordat toezicht wordt gehouden op de eerlijke inning, verdeling en besteding van de vergoedingen, die onder andere worden aangewend voor de handhaving en voorlichting. In de volgende subpar. zal gekeken worden of dit toezicht naar tevredenheid functioneert.

2.2.2 *Toezicht op de beheersorganisaties*

Wettelijk verplicht collectief beheer, met zijn vergaande bevoegdheden, dient uiteraard vergezeld te gaan van een effectief en slagvaardig toezicht.¹⁵ Het toezicht op de inning en verdeling van de vergoedingen door deze wettelijke beheersorganisaties vindt plaats door het College van Toezicht op collectieve beheersorganisaties, waarbij dit toezicht waarschijnlijk ook uitgebreid zal worden naar vrijwillige collectieve beheersorganisaties. Met betrekking tot de eerlijke mededinging wordt het toezicht verzorgd door de Nederlandse Mededingings Autoriteit (hierna: NMa) en in grensoverschrijdende situaties binnen de Europese Unie, door de Europese Commissie.

Met de inwerkingtreding van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (hierna: Wet Toezicht) op 15 juli 2003, zijn de vijf wettelijke collectieve beheersorganisaties onder het toezicht geplaatst van het College van Toezicht. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de Wet Toezicht er toe strekt om een uniforme regeling te geven voor het toezicht op van overheidswege aangewezen rechtspersonen. Toezicht werd wenselijk geacht vanwege de monopoliepositie die zij innemen, de belangrijke maatschappelijke en economische taken die zij vervullen en de situatie dat rechthebbenden de mogelijkheid wordt ontnomen hun rechten zelfstandig uit te oefenen.¹⁶

Het College van Toezicht ziet er op toe dat de collectieve beheersorganisaties hun (financiële) administratie overzichtelijk bijhouden, dat zij de vergoedingen die op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten verschuldigd zijn op rechtmatige wijze innen en deze tijdig verdelen onder rechthebbenden. Daarnaast dienen de beheersorganisaties aan gebruikers en auteursrechthebbenden voldoende inzicht te verschaffen in hun algemene en financiële beleid, transparante tariefstructuren te hanteren en ziet het College er op toe dat de col-

¹³ <www.anti-piracy.nl/over_brein/wat_is_brein.asp>.

¹⁴ Statuten van stichting Brein.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 838, nr. 1, p. 4.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 775, nr. 3, p. 2 (MvT).

lectieve beheersorganisaties voldoende zijn uitgerust om hun taken naar behoren uit te voeren.¹⁷

Uit de Wet Toezicht vloeit voort dat de handhaving door het College in wezen steunt op drie pijlers. Zo bestaat er tegenover het College in bepaalde gevallen een voorafgaande informatieplicht, een voorafgaande goedkeuringplicht en heeft het College een niet-bindende adviesbevoegdheid of, in uitzonderingsgevallen, een bindende aanwijzingsbevoegdheid.¹⁸

Toch lijkt deze vorm van toezicht niet geheel naar tevredenheid te werken. De Minister van Justitie overweegt een wetsvoorstel in te dienen om de huidige Wet toezicht te wijzigen, zodat het toezicht op de collectieve beheersorganisaties versterkt en verbreed wordt, waardoor hun functioneren beter gecontroleerd kan worden.¹⁹

Op dit moment strekt het toezicht zich nog niet uit over vrijwillige collectieve organisaties, maar door het voorgenomen wetsvoorstel zou het toezicht verbreed moeten worden, waardoor ook vrijwillige collectieve beheersorganisaties onder dit toezicht komen te vallen.

Daarnaast wordt het toezicht ook versterkt op een aantal punten. Het toezicht door het College lijkt op dit moment nog niet onafhankelijk, omdat de kosten van dit toezicht worden gefinancierd door de beheersorganisaties zelf.²⁰ Om het onafhankelijke karakter van de betrokken toezichthouders te benadrukken, is in het voorstel opgenomen om de financiering van toezichthoudende instanties op de begroting van de verantwoordelijke minister onder te brengen.²¹ Daarnaast wordt voorgesteld om het College van Toezicht de bevoegdheid te verlenen om bestuurlijke boetes op te leggen in geval van niet naleving van een bindende aanwijzing en bij verzaking van de op een ieder rustende plicht om medewerking te verlenen aan de toezichthouder.²²

Specifiek voor de wettelijke collectieve beheersorganisaties geldt, dat zij op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten een monopoliepositie innemen op het gebied van het collectief beheer van rechten. Op grond van de Mededingingswet vallen hun handelingen ook onder het toezicht van de NMa.²³ Dat het algemene karteltoezicht voorrang heeft boven het speciale toezicht van het College, blijkt uit het feit dat het College van Toezicht geen toe-

¹⁷ *Jaarverslag 2005 College van Toezicht collectieve beheersorganisaties*, p. 2.

¹⁸ Art. 3, 5 en 6 van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

¹⁹ Consultatie wetsvoorstel tot wijziging van de Wet toezicht, <www.justitie.nl/images/Wetsvoorstel%20consultatie_tcm34-31200.pdf>.

²⁰ Art. 12 lid 3 Wet toezicht collectieve beheersorganisaties.

²¹ *Kamerstukken II 2006/2007*, 30 800, p. 9 (MvT Consultatie wetsvoorstel), <www.minjus.nl/images/Memorie%20van%20toelichting%20consultatie_tcm34-31199.pdf>.

²² *Kamerstukken II 2006/07* 30 800, p. 11 (MvT Consultatie wetsvoorstel).

²³ *Kamerstukken II 2005/06*, 29 838, nr. 2, p. 16.

zicht houdt voor zover dit wordt uitgeoefend door de NMa.²⁴ De toezichthoudende taken van het College en de NMa zijn complementair, in die zin dat hun toezicht betrekking heeft op verschillende aspecten van de beheersorganisaties en elkaar aanvullen.²⁵ Deze complementaire bevoegdheidsverdeling kan tot onduidelijkheid leiden, wat de effectiviteit van het toezicht niet altijd ten goede komt.²⁶ Maar daarnaast voeren de beide toezichthouders periodiek overleg om te komen tot een onderlinge afstemming van het beleid, waarbij het toezicht op de hoogte en totstandkoming van de tarieven onder de verantwoordelijkheid van de NMa valt.²⁷

Naar aanleiding van Tweede Kamervragen in maart 2006 startte de NMa een onderzoek, waarin zij onderzocht op basis van welke methoden en/of criteria zij kon beoordelen of er sprake was van excessieve tarieven van collectieve beheersorganisaties, die daardoor misbruik zouden maken van hun economische machtspositie.²⁸ In dit onderzoek concludeert de NMa dat er op dit moment geen goede methode is om te beoordelen of de collectieve beheersorganisaties excessieve tarieven hanteren en acht zij het wenselijk dat er een meer specifieke vorm van toezicht op dit gebied komt.²⁹ Hier kan uit afgeleid worden dat er op dit moment op dit deel terrein nog geen optimaal effectief toezicht is.

Om tegemoet te komen aan de conclusies van het onderzoek wordt er onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van een auteursrechttribunaal. De uitwerking is nog onduidelijk, maar het zal hoogstwaarschijnlijk een vorm van alternatieve geschilbeslechting worden.³⁰ Opmerkelijk is, althans in mijn ogen, dat hier de nadruk wordt gelegd op geschilbeslechting, terwijl door de NMa juist gesproken wordt van een tekort aan toezicht.

Uit de markt komen ook initiatieven om het gebrek aan toezicht op te lossen. Zo is in Europees verband op te merken dat Buma/Stemra aan de Europese Commissie een voorstel heeft gedaan om mogelijk misbruik van hun dominante marktpositie tegen te gaan. Met het voorstel zou een einde komen aan het systeem waarbij elke organisatie in eigen land het monopolie heeft op de inning van auteursrechten.³¹

Daarnaast kan gewezen worden op de Stichting Auteursrechtbelangen. Deze organisatie is een samenwerkingsverband van rechthebbenden, die onderzoekt

²⁴ H. Cohen Jehoram, 'Verrassingen in het wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties', *AMI* 2001-5, p. 108; Art. 4 Wet toezicht.

²⁵ Jaarverslag 2005 College van Toezicht Collectieve beheersorganisaties, p. 5.

²⁶ Koelman 2004, p. 4 en 5 (zie noot 10).

²⁷ Jaarverslag 2005 College van Toezicht Collectieve beheersorganisaties, p. 5; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 775, nr. 3, p. 8.

²⁸ Antwoorden op vragen van de leden Aptroot en Luchtenveld van 16 maart 2006 (TK 2005-2006, Aanhangsel p. 3201) en van het lid Aptroot van 18 augustus 2006 (TK 2005-2006, Aanhangsel p. 4553).

²⁹ Rapport 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties' (rapport van februari 2007), p. 8, <www.nmanet.nl>.

³⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800, nr. 44, p. 2.

³¹ C. de Horde, 'Buma/Stemra wil concurrentie toelaten', *Financieel dagblad* 15 maart 2007, p. 7.

wat de mogelijkheden zijn van een digitaal loket, waarop gebruikers kunnen nagaan welke kosten zijn verbonden aan hun wijze van gebruik van beschermd werk.³²

Op dit moment bestaat er dus nog geen naar tevredenheid werkend toezicht op de wettelijke en vrijwillige beheersorganisaties. Dat is van belang voor de beoordeling van de positie van Brein, aangezien deze organisaties uiteindelijk Brein volledig financieren met de voor rechthebbenden geïnde en bestemde vergoedingen. Daardoor blijft onduidelijk of er sprake is van excessieve vergoedingen die gebruikers moeten betalen. Daarnaast kan nog niet gesproken worden van een volledig transparante en kenbare inning en besteding van de geïnde vergoedingen. Ook de initiatieven uit de markt zelf lijken niet gericht te zijn op meer toezicht. Door deze onduidelijkheden blijft de vraag bestaan of rechthebbenden wellicht te veel afdragen voor de handhaving van hun rechten en kan nog niet gesproken worden van een goed werkend toezicht op de organisaties die Brein hebben opgericht. Daarbij geldt bovendien dat een effectief en transparant werkend toezicht er aan kan bijdragen dat het maatschappelijk draagvlak voor Brein wordt vergroot.

2.3 Brein en haar bevoegdheden bij de collectieve handhaving

2.3.1 Methoden van opsporing

Zoals hierboven uiteengezet, is Brein opgericht door de collectieve beheersorganisaties ter bevordering van de handhaving van auteursrechten. Daarbij kan Brein onder meer zelf civiele acties ondernemen. Alvorens een dergelijke actie te starten of eventueel aangifte te doen, zijn gegevens nodig om de (potentiële) inbreukmakers te kunnen achterhalen. Bij de opsporing van die gegevens maakt Brein gebruik van drie methoden.³³

In de eerste plaats controleert Brein het internet en voert zij zelfstandig onderzoeken ter plekke uit op openbaar toegankelijke plaatsen, zoals op markten en beurzen. Deze controles doet Brein alleen of in samenwerkingsverband met opsporingsdiensten, zoals de FIOD-ECD, Politie, Belastingdienst, Vreemdelingendienst, Milieupolitie, Voedsel en Waren Autoriteit en het Openbaar Ministerie.

In de tweede plaats verkrijgt Brein informatie over (mogelijke) inbreukmakers door de inlichtingen van particulieren. Dit wordt aangemoedigd op de site van Brein en kan telefonisch of door middel van een meldformulier, dat te vinden is op de site.

³² Dit initiatief is voortgekomen uit een dialoog, die het Ministerie van Justitie op gang had gezet om zelfregulering verder te stimuleren; *Kamerstukken II* 2005/06, 29 515, nr. 136, p. 6.

³³ Brief CBP aan Brein van 16 april 2004, <www.cbpweb.nl/downloads_uit/z2003-1660.pdf>.

In de derde plaats verkrijgt Brein als belanghebbende bij de civiele procedures de persoonsgegevens van de inbreukmakers van de FIOD-ECD en het Openbaar Ministerie.

2.3.2 *Materiële en processuele bevoegdheden in de wet*

Wanneer het tot een civiele procedure komt, staat aan Brein een aantal mogelijkheden ten dienste. Zo staan de reguliere procedurele maatregelen open uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek die voor alle procespartijen openstaan. Daarnaast kan ook gebruik gemaakt worden van de verschillende mogelijkheden uit de Auteurswet, die alleen van toepassing zijn op procedures met betrekking tot het auteursrecht.

In het commune recht bestaan voor rechthebbenden verschillende materiële en processuele mogelijkheden om hun rechten te handhaven.³⁴ Zo bestaat in het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid van schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad en kan de schade begroot worden op de winst, die de inbreukmaker heeft gemaakt.³⁵ Daarnaast volgt uit het Burgerlijk Wetboek dat degene die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, kan worden veroordeeld.³⁶ Dit brengt met zich mee dat bij een (dreigende) inbreuk een verbod (met dwangsom) kan worden geëist, maar ook publicatie van het vonnis of een gebod tot het schrijven van een brief aan afnemers ter informatie van het vonnis.³⁷

De rechtpositie van rechthebbenden wordt versterkt door de Auteurswet, waarin zowel materiële als processuele bevoegdheden zijn geregeld.³⁸ De belangrijkste materiële bevoegdheden voor een rechthebbende hebben betrekking op het veeleenvoudigen en openbaar maken van zijn eigen werk.³⁹ Wanneer hier een inbreuk op wordt gemaakt, kan door Brein opeising, vernietiging of onbruikbaarmaking van inbreukmakende zaken worden gevorderd en kan een gebod gevorderd worden tot het terughalen van dergelijke zaken bij afnemers.⁴⁰ Daarbij is niet vereist dat de derde die de zaken onder zich heeft degene is die de inbreuk heeft gemaakt. Bovendien kan winstafracht gevorderd worden en bestaat de

³⁴ Naast Europese en nationale regelgeving, zullen ook verdragen van invloed zijn op de rechten en bevoegdheden van rechthebbenden. Het gaat te ver om de verdragen in deze bijdrage te behandelen, omdat zij verder niets toevoegen aan het onderzoek in deze bijdrage.

³⁵ Art. 6:162 BW en art. 6:104 BW.

³⁶ Art. 3:296 BW.

³⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 3, p. 5 (MvT).

³⁸ De Auteurswet dateert uit 1912 en is sindsdien herhaaldelijk gewijzigd, waaronder in 2004 naar aanleiding van de Europese Auteursrechtlijn en recent door wetgeving ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn. Ter implementatie van richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 is op 1 mei 2007 de Wet van 7 maart 2007 tot aanpassing van onder andere het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Auteurswet in werking getreden.

³⁹ Art. 1 AW.

⁴⁰ Art. 28 AW.

mogelijkheid van beslag, met het grote voordeel dat dit beslag voorrang heeft bij samenloop met reguliere beslagen, die worden gelegd op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁴¹

Het Nederlandse auteursrecht wordt ook steeds meer beïnvloed door Europese regelgeving. Dit kan door middel van verordeningen en richtlijnen, die er voor zorgen dat de lidstaat beperkt wordt om afwijkende voorschriften uit te vaardigen met betrekking tot het gebied waarop de verordening of richtlijn ziet. Belangrijke voorbeelden hiervan zijn de Anti-piraterijverordening, de Auteursrecht-richtlijn en de Handhavingsrichtlijn.⁴²

Uit het voorgaande komt naar voren dat eisers in een procedure die betrekking heeft op auteursrechten meer bevoegdheden en mogelijkheden hebben om hun rechten te handhaven dan dat procespartijen in een normale civiele procedure hebben. Uit de hierna te behandelen Handhavingsrichtlijn volgt dat de positie van eisers nóg verder verbeterd is.

2.3.3 *Nieuwe bevoegdheden door implementatie van de Handhavingsrichtlijn*

Naast de algemene bevoegdheden die voortvloeien uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek, hebben de rechthebbenden dus ook aanvullende bevoegdheden in de Auteurswet. Bovendien zijn er door de implementatie van de Handhavingsrichtlijn extra bevoegdheden toegekend aan rechthebbenden van intellectuele eigendomsrechten, zodat hun handhavingspositie nog verder is versterkt. De Minister benadrukt ter gelegenheid van deze implementatie expliciet dat handhavingsorganisaties ook gebruik kunnen maken van de mogelijkheden die deze nieuwe wetgeving biedt, zodat zij ook beter in staat zijn de rechten van de aangeslotenen te handhaven.⁴³

Ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn is een nieuwe titel, speciaal gericht op intellectuele eigendomsrechten, toegevoegd aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en zijn er aanvullende bepalingen in de Auteurswet opgenomen, die van toepassing zijn op de civielrechtelijke procedures met betrekking tot inbreuken op auteursrechten. Belangrijk punt hierbij is dat te verwachten valt dat niet alle rechthebbenden evenveel profijt zullen hebben van de implementatie van de Handhavingsrichtlijn. Wanneer gekeken wordt naar de Memorie van Toelichting, dan valt op dat de nieuwe wetgeving met name gericht is op grootschalige en georganiseerde piraterij en niet op de kleinere inbreuken. De rechter zal namelijk een afweging maken of de gevorderde maatregelen evenredig zijn ten opzichte van de omvang van de geconstateerde inbreuk, waarbij maatregelen eerder zullen worden toegewezen bij grootschalige profes-

⁴¹ Art. 27a en 28 AW.

⁴² Verordening (EG) nr. 1383/03 van de Raad van 22 juli 2003 (*PbEG* 2003, L 196/7); Richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (*PbEG* 2001, L 167/10); Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 (*PbEG* 2004, L 157/45).

⁴³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 6, p. 5 (NV).

sionele inbreuken dan in geval van een beperkte inbreuk door een consument.⁴⁴ De nieuwe wetgeving is derhalve met name van belang voor handhavingsorganisaties, zoals Brein, en rechthebbenden die vaak geconfronteerd worden met grote inbreuken. Desondanks staan handhavingsorganisaties enigszins kritisch tegenover de nieuwe wetgeving, omdat zij verdergaande bevoegdheden zouden willen hebben.⁴⁵

Voor rechthebbenden, en dan dus met name de grote partijen zoals Brein, zijn de belangrijkste elementen uit de nieuwe titel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering:

1. *bewijsbeslag*: rechthebbenden hebben door de artikelen 1019 a tot en met d Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uitgebreidere mogelijkheden gekregen voor het leggen van bewijsbeslag en het vorderen van afgifte van bewijsmateriaal op voet van artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁴⁶ Het verlot, waarbij het bewijsbeslag wordt gelegd, wordt bij verzoekschrift gevraagd en wordt gericht tot de voorzieningenrechter, die beslist na een summier onderzoek.⁴⁷
2. *'einstweilige Verfügung'*: in artikel 1019e Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt de rechter de mogelijkheid geboden om bij spoed een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende een verbod op de (dreigende) inbreukmakende handelingen, zonder dat de vermeende inbreukmaker ter zitting aanwezig hoeft te zijn. Het moet daarbij wel gaan om passende gevallen, met name wanneer uitstel onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken.⁴⁸
3. *de informatieplicht met betrekking tot inbreukmakende goederen*: artikel 1019f Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt de mogelijkheid om een vordering in te stellen om informatie te verkrijgen van de inbreukmakers en derden die inbreuk maken op commerciële schaal.⁴⁹ Op die manier kan de rechthebbende de bron van de inbreuk opsporen en daarmee verdere inbreuk op een efficiënte wijze voorkomen. Daarbij kan de rechthebbende inzicht krijgen in de omvang van de schade en de door de inbreukmaker gemaakte winst.⁵⁰
4. *mogelijkheid van ruimere proceskostenveroordelingen*: de winnende partij kan door artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de volledige advocaatkosten vorderen, en niet alleen de proceskosten die worden vastgesteld op basis van het puntensysteem.⁵¹ In de Memorie van Toelich-

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 6, p. 3 (NV).

⁴⁵ O. Delfos Visser & R. Brouwer, 'Wetsvoorstel Handhavingsrichtlijn: Nous ne maintenons pas!', *AMI* 2006-3, p. 77.

⁴⁶ D.J.G. Visser, 'Wetsvoorstel implementatie handhavingsrichtlijn', *AMI* 2006-1, p. 17.

⁴⁷ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392 nr. 3, p. 22 (MvT).

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 3, p. 25 (MvT).

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 3, p. 27 (MvT).

⁵⁰ C. Gielen, 'De richtlijn handhaving IE-rechten', *NTeR* februari 2005, p. 8.

⁵¹ Nadat de implementatiet termijn van de richtlijn op 29 april 2006 was verlopen, zijn de Nederlandse rechters in het kader van de Europese plicht tot richtlijnconforme interpreta-

ting wordt benadrukt dat de rechter zal moeten komen tot een veroordeling in evenredige kosten, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid brengen met zich mee dat minder snel een volledige proceskostenveroordeling zal worden uitgesproken in geval van een inbreukmaker te goeder trouw, dan wanneer het grootschalige namaak of piraterij betreft.⁵² Zo werd KPN bijvoorbeeld als verliezende partij, in het kortgedingvonnis tegen Brein, niet veroordeeld tot de volledige proces- en advocaatkosten op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁵³

De nieuwe wetgeving breidt aldus de bevoegdheden voor handhaving van het auteursrecht door privaatrechtelijke organisaties uit en de ruimte om inbreuk te maken op de levenssfeer van (mogelijke) inbreukmakers wordt vergroot. Desondanks verwacht de Minister van Justitie dat het wettelijk kader voldoende waarborgen biedt door de Wet bescherming persoonsgegevens en de belangenafweging door de rechter.⁵⁴

Met de nieuwe wetgeving wordt volgens de Minister van Justitie geen onderscheid gemaakt tussen wat individuele rechthebbenden kunnen vorderen en wat privaatrechtelijke organisaties kunnen vorderen, waarbij beiden dezelfde maatschappelijke zorgvuldigheidseisen en het wettelijk kader in acht dienen te nemen.⁵⁵ Zodoende wordt nog eens benadrukt dat handhavingsorganisaties, zoals Brein, geen bijzondere positie toekomt en zij dit ook niet hoeven te verwachten. Door de belangenafweging die de rechter hanteert, lijken de huidige wetswijzigingen echter voornamelijk te zijn geschreven voor grote partijen, omdat maatregelen eerder worden toegewezen bij grootschalige professionele inbreuken dan in geval van een beperkte inbreuk door een consument. Het is dus maar de vraag of collectieve handhavingsorganisaties écht geen bijzondere positie innemen.

tie van de bestaande regelgeving, deze mogelijkheid gaan toepassen, waarbij niet alleen aan de winnende, eisende partij maar ook aan de winnende, gedaagde partij proceskostenvergoedingen zijn toegekend; W.A.J. Hoorneman, 'Volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken nu in de wet', *Newsflash Intellectueel eigendom/ ICT*, 2007-3; Pres. Rb. Almelo 1 juni 2006 *LJN* AX6495; Pres. Rb. Almelo 7 juli 2006, KG ZA 06-131; Pres. Rb. Rotterdam 27 november 2006, *LJN* AZ3045.

⁵² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 3, p. 27 (MvT).

⁵³ Pres. Rb. Den Haag, 5 januari 2007, *LJN*-nummer AZ5678 (Brein/ KPN).

⁵⁴ HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30392 nr 6, p. 5 (NV).

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392 nr. 6, p. 5 (NV).

2.4 Creativiteit van Brein

Met de nodige creativiteit probeert Brein de handhaving van haar rechten effectiever te laten verlopen. Om dit te illustreren kan de civiele procedure tegen een recidiverend overtreder als voorbeeld dienen. Gijzeling wordt gezien als een ultimum remedium in een civiele procedure.⁵⁶ Toch kreeg Brein in een civiele procedure de vordering toegewezen om een overtreder te laten gijzelen.⁵⁷ Dit betekent dat de overtreder op verzoek van Brein zal kunnen worden opgesloten in een huis van bewaring.⁵⁸

Naast het bovenstaande voorbeeld zijn er een aantal andere ontwikkelingen te noemen, die hebben geleid tot een effectievere handhaving van Brein. Ik behandel er vijf.

2.4.1 *Het anti-piraterijbestand*

Het College bescherming persoonsgegevens (hierna:CBP), dat toeziet op de correcte naleving van de Wet bescherming persoonsgegevens, kreeg in december 2003 een melding van Brein. Hierin stelde Brein het CBP in kennis van het voornemen om strafrechtelijke gegevens of gegevens over onrechtmatig gedrag van derden vast te leggen; het zogeheten anti-piraterijbestand. De persoonsgegevens, die door Brein bij de opsporing worden verzameld en verwerkt in dit anti-piraterijbestand, kunnen later gebruikt worden voor (civiele) acties of bij eventuele aangifte.

Het CBP stelde op verzoek van Brein een vooronderzoek in om te beoordelen of dit bestand rechtmatig was. In april 2004 oordeelde het CBP dat dit bestand rechtmatig is, zodat er geen belemmeringen meer waren voor Brein om gegevens van (mogelijke) inbreukmakers te verzamelen en op te slaan. Brein had volgens het CBP een 'redelijk belang' om de persoonsgegevens te verzamelen van mogelijke inbreukmakers.⁵⁹ Het CBP benadrukte daarbij wel dat de verwerking met voldoende waarborgen dient te zijn omgeven, waarbij werd bedoeld op een maximale bewaartermijn van 5 jaar en de plicht om gegevens niet langer te verstrekken aan Amerikaanse zusterorganisaties. Daarnaast is Brein op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens verplicht, ook wanneer geen actie wordt ondernomen tegen een mogelijke inbreukmaker, personen op de hoogte te brengen van de registratie en te wijzen op het recht van inzage. Uiteindelijk heeft dit oordeel van het CBP in augustus 2004 tot vragen in de Tweede Kamer geleid, maar tot op heden is niets ondernomen en lijkt de Tweede Kamer daar vrede mee te hebben.⁶⁰

⁵⁶ Art. 587 Rv.

⁵⁷ Rb. Amsterdam 25 april 2007, rolnr. 353066.

⁵⁸ Art. 585 e.v. Rv.

⁵⁹ Brief van CBP aan Brein van 16 april 2004, <www.cbweb.nl/downloads_uit/z2003-1660.pdf>.

⁶⁰ *Aanhangsel Handelingen II* 2003-2004, nr. 2030419620 (van Dam).

2.4.2 De ‘notice and takedown procedure’

Brein heeft op basis van jurisprudentie de ‘notice and takedown’ procedure ontwikkeld om auteursrechtelijke inbreuken via het internet goed te kunnen bestrijden. Met de procedure wordt het gemakkelijker om NAW-gegevens (naam, adres en woonplaatsgegevens) van (mogelijke) inbreukmakers te bemachtigen van Internet Service Providers (hierna ISP’s). In deze procedure moeten de privacybelangen, die betrokkenen hebben bij het geheim houden van hun gegevens, aldus wijken voor het belang van rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.

Daarbij zijn de eisen die gesteld worden aan de verplichting van de ISP tot het verstrekken van de gegevens, niet erg hoog. Op grond van de huidige jurisprudentie dient een ISP de NAW-gegevens beschikbaar te stellen aan Brein, wanneer ‘voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van inbreukmakend handelen’ en moet daarbij ‘buiten redelijke twijfel’ zijn dat de persoon van wie de gegevens worden opgeëist, ook daadwerkelijk degene is die zich schuldig heeft gemaakt aan dat onrechtmatig handelen.⁶¹

Naast de bovengenoemde, op basis van jurisprudentie gevormde, ‘notice and takedown procedure’ bestond eerst het voornemen om in samenwerking met belanghebbenden een ‘notice and takedown procedure’ te ontwikkelen. Vanaf 2003 is er overleg geweest en de procedure zou een resultaat moeten worden van overleg tussen vertegenwoordigers van diverse ISP’s, de branchevereniging van de ISP’s, de meldpunten Kinderporno en Discriminatie, de stichting Brein, politie en openbaar ministerie, Bits of Freedom en het Ministerie van Justitie.⁶² Op dit moment is echter onduidelijk of die zelfontwikkelde procedure er nog komt; het systeem zou aanvankelijk 1 januari 2006 operationeel zijn, maar tot op heden is niet bekend of het project nog daadwerkelijk doorgang vinden zal. Met de huidige rechtspraak lijkt een dergelijk systeem verder weg dan voorheen, omdat Brein op dit moment door de jurisprudentie een veel effectiever middel in handen heeft. Duidelijk is dat het voorgestelde systeem met meer waarborgen zou zijn omgegeven, dan de procedure die nu ontwikkeld is op basis van de jurisprudentie. Een melding over een auteursrechtelijke inbreuk op internet zou namelijk moeten worden gedaan bij het Centrum voor ‘Notice and takedown’. Vervolgens zou een extern beoordelingsorgaan, dat zou bestaan uit deskundigen, de melding moeten beoordelen en hierover rapporteren aan het Centrum voor ‘Notice and takedown’. Dit Centrum zou de melder en de ISP dan op de hoogte stellen van de uitkomst van de rapportage, waarna de ISP de informatie verwijderd of blokkeert, wanneer daar aanleiding voor zou zijn.⁶³

⁶¹ Pres. Rb. Den Haag, 5 januari 2007, *LJN AZ5678 (Brein/KPN)*; Pres. Rb. Amsterdam 24 augustus 2006, *LJN AY6903 (Brein/UPC)*; beiden sluiten aan bij HR 25 november 2005, *RvdW 2005, 133 (Lycos/Pessers)*.

⁶² *Kamerstukken II 2004/05, 28 197, nr. 15, p. 4.*

⁶³ *Kamerstukken II 2004/05, 28 197, nr. 22, p. 2.*

2.4.3 *De anti-piraterijverklaring*

De anti-piraterijverklaring, een onthoudingsverklaring met boetebeding, wordt gebruikt voor inbreukmakers die voor de eerste keer een overtreding begaan, voor minderjarigen en in geval van kleine inbreuken. Deze verklaring dient gezien te worden als een contract tussen Brein en de inbreukmaker, die de inbreukmaker in geval van herhaling een boete zal opleveren van € 500 per illegale kopie. Met de anti-piraterijverklaring heeft stichting Brein een middel in handen om inbreukmakers in de toekomst af te houden van inbreukmakend gedrag, omdat de bedragen die gevorderd kunnen worden door middel van de boetebedingen hoog kunnen oplopen in geval van 'wanprestatie'. De snelle afhandeling in eerste instantie en de snelle afhandeling in geval van herhaling bij de rechter kunnen zeker gezien worden als voordelen.

Echter, Brein heeft geen opsporingsbevoegdheid en de stichting is ook geen overheidsinstantie. Toch doet de anti-piraterijverklaring denken aan een voorwaardelijke 'straf'. De inbreukmaker dient de feiten te bekennen, vrijwillig afstand te doen van zijn illegale goederen en een onthoudingsverklaring te tekenen met een boetebeding van € 500 per illegale kopie voor iedere toekomstige inbreuk. Indien de inbreukmaker aan deze voorwaarden voldoet, dan wordt afgezien van, althans in mijn ogen, 'civielrechtelijke vervolging'. In geval van herhaling komt het straffende karakter van de verklaring naar voren, omdat in dat geval € 500 per illegale kopie zal worden gevorderd bij de civiele rechter, ongeacht de daadwerkelijk geleden schade (die daar nog bij opgeteld zal worden!).

2.4.4 *Voorlichting*

Naast het optreden tegen mogelijke inbreukmakers, bestaat natuurlijk ook de mogelijkheid om mensen voor te lichten en op die manier te proberen hun gedrag te beïnvloeden. Voorlichting kan in belangrijke mate zorgen voor een beter begrip van het auteursrecht, zodat kan worden voorkomen dat strafrechtelijke of civiele handhaving nodig wordt. Een van de doelstellingen van Brein is dat zij voorlichting geeft aan publiek, politiek en de pers over piraterij en de bestrijding daarvan. Brein participeert hierin naast de overheid en treedt daarmee ook in overleg.

De Minister van Justitie heeft verklaard bijdragen te willen leveren aan gezamenlijke voorlichtingsactiviteiten, wanneer daar bij rechthebbenden behoefte aan is.⁶⁴ Een voorbeeld om dit toe te lichten. Een grote rol bij de voorlichting is weggelegd voor de in 1986 opgerichte Stichting Auteursrechtmanifestaties (STAM), een samenwerkingsverband tussen verschillende ministeries en auteursrechthebbenden, waaronder Brein, met als doel meer 'begrip' te kweken voor het auteursrecht. STAM heeft bijvoorbeeld de informatieve website 'www.auteursrecht.nl' opgezet en de op het onderwijs gerichte campagne 'Get it right' in 2006 afgerond. Op dit moment is het Ministerie van Justitie, als eerst-

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 11.

verantwoordelijke voor auteursrecht, vertegenwoordigd in het bestuur van STAM.

Hoewel de overheid particuliere initiatieven toejuicht en zich bereid verklaard heeft een bijdrage te willen leveren aan gezamenlijke voorlichtingsactiviteiten, ontvangt STAM (vooralsnog) geen subsidie van de overheid voor haar activiteiten. Doordat het Ministerie van Justitie wel in het bestuur vertegenwoordigd is, kan in ieder geval wel gebruik gemaakt worden van hun kennis en expertise.

2.4.5 Media-aandacht

De media-aandacht, waarvan Brein zich bedient, kan in samenhang worden gezien met voorlichting, omdat ook hier het doel is om het gedrag van mensen te beïnvloeden door middel van informatie. Het gaat hier echter niet zo zeer om het kweken van meer begrip voor het auteursrecht, maar eerder om het publiek af te schrikken dergelijke inbreuken te begaan. Dit doen zij door het publiceren van of ruchtbaarheid geven aan de behaalde successen. Zo worden regelmatig de behaalde successen breed uitgemeten in kranten en op nieuwssites. Daarnaast kunnen ook alle successen op de website van Brein worden geraadpleegd, zoals bijvoorbeeld de toegewezen gijzeling, de toegewezen NAW-gegevens en andere gewonnen procedures.⁶⁵

2.5 Samenwerking met verschillende overheidsorganisaties

2.5.1 De FIOD/ECD en het Openbaar Ministerie

Het kabinet heeft benadrukt dat private handhavingsorganisaties bij hun opsporings- en handhavingsactiviteiten de maatschappelijke zorgvuldigheidseisen en het wettelijk kader in acht dienen te nemen. Dit betekent dat zij zich niet mogen bedienen van methoden en technieken die wettelijk zijn voorbehouden aan staatrechtelijke opsporingsinstanties, zodat er volgens de Minister een duidelijke scheiding blijft bestaan tussen private en publieke handhaving.⁶⁶

Maar het kan natuurlijk niet worden ontkend dat het strafrecht, en daarmee de samenwerking met het Openbaar Ministerie en de FIOD/ECD, een belangrijke plaats inneemt bij handhaving. Van belang is dat de handhaving van IE-rechten in beginsel een zaak is van de rechthebbenden en dat het strafrecht als een ultimatum remedium gezien dient te worden.⁶⁷ Dit ultieme middel zal worden aangewend door de overheid wanneer hetzij de aard en de omvang van de inbreuk daar aanleiding toe geven, hetzij er sprake is van recidive, hetzij het algemeen

⁶⁵ <www.anti-piracy.nl/nieuws/juridisch.asp>.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 23.

⁶⁷ OM-nota: 'De strafrechtelijke aanpak van georganiseerde misdaad in Nederland 2005 – 2010'.

belang in het geding is of een combinatie van deze factoren.⁶⁸ Vaak zal dit het geval zijn, wanneer civielrechtelijke handhaving niet meer werkt.

In de Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude worden regels gesteld voor het Openbaar Ministerie bij de opsporing en vervolging van misdrijven en overtredingen van het IE-recht.⁶⁹ Hierin worden een aantal (niet cumulatieve) gevallen genoemd, waarin het algemeen belang in het geding kan zijn, en het Openbaar Ministerie tot strafrechtelijke handhaving overgaat. Het gaat dan onder andere om bedreiging van de volksgezondheid, de veiligheid van de samenleving, grootschalige namaak en piraterij die de markt verstoren, betrokkenheid van criminele organisaties of georganiseerde criminaliteit, recidive en het niet voldoen aan het transactievoorstel van de officier van justitie.

Het Openbaar Ministerie is na oprichting van het Functioneel Parket in 2003, dat onder andere tot doel heeft de criminaliteit op het gebied van intellectuele eigendomsfraude te bestrijden, een meer prominente rol gaan spelen in de strafrechtelijke handhaving en vervolging van IE-fraude.⁷⁰ Er is een officier van justitie werkzaam bij het Openbaar Ministerie, die speciaal belast is met de vervolging van intellectuele-eigendomsfraude.

De opsporing, die voorheen in handen was van de Buma/Stemra, is sinds 1 januari 2003 toevertrouwd aan de FIOD/ECD. Deze organisatie maakt ook de processen-verbaal op en zendt deze naar het Functioneel Parket, dat beslist of tot vervolging wordt overgegaan.

Daarnaast heeft de FIOD/ECD een kennisgroep voor intellectuele eigendomsfraude opgericht, alsmede een team Opsporing Piraterij.

Stichting Brein, het Functioneel Parket en het Team Opsporing Piraterij werken bovendien samen bij de bestrijding van auteursrechtinbreuken.⁷¹ In een handhavingsarrangement hebben de Belastingdienst en het College van Procureurs-Generaal afgesproken, dat met betrekking tot auteursrechtfraude in 2005 110 zaken bij het Openbaar Ministerie aangeleverd konden worden.⁷² Stichting Brein neemt ieder jaar deel aan dit overleg over de handhavingsarrangementen, zodat verwacht mag worden dat zij daar ook enige invloed op kunnen uitoefenen.⁷³ Uit het jaarverslag van de FIOD/ECD blijkt dat er in 2003 ook 110 zaken waren overeengekomen, maar dat daarvan slechts 94 zaken daadwerkelijk naar het Openbaar Ministerie zijn gegaan.⁷⁴

Een effectieve civielrechtelijke en strafrechtelijke handhaving kan slechts worden bereikt op basis van goede informatievoorziening, adequate informatie-uitwisseling en samenwerking tussen publieke en private partijen, aldus de

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 23.

⁶⁹ Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude van 1 februari 2006, <<http://archieff.om.nl/beleid/beleidsregel.php?rid=305>>.

⁷⁰ R.L.N. Westra, *Fiscale fraudebestrijding; sturing in de praktijk* (diss. Universiteit Leiden), Amsterdam: Pantheon Publishing 2006, p. 324; <www.om.nl/parket/functioneel/>.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 24.

⁷² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 838, nr. 2, p. 24.

⁷³ <www.anti-piracy.nl/assets/downloads/BREIN9NL.pdf>.

⁷⁴ Jaarverslag FIOD/ECD 2003, p.11.

Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude.⁷⁵ Bij de opsporing door de FIOD/ECD wordt dan ook veel gebruik gemaakt van de kennis, expertise en informatie van Brein. Zo kan Brein bewijs leveren aan de FIOD/ECD, wanneer aangifte gedaan wordt. Daarbij kan de FIOD/ECD identificerende gegevens of ‘monsters’ beschikbaar stellen aan Brein om vast te stellen dat inbreuk is gemaakt op een IE-recht en ter onderbouwing van de aangifte. Gedacht moet dan worden aan namen en adressen van afzender of ontvanger. Op dit moment wordt er een zeer interessante strafzaak aangehouden, tot de zomer van 2007, waarin als verweer is gevoerd dat er algemene rechtsbeginselen zijn geschonden bij de samenwerking tussen Brein en de FIOD-ECD.⁷⁶

Bovendien volgt uit de Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude dat de geëiste sancties van het Openbaar Ministerie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend dienen te zijn om herhaling te voorkomen. Dit brengt met zich mee dat het strafrecht door zijn preventieve, repressieve en normbevestigende werking kan bijdragen aan de effectiviteit van de civielrechtelijke handhaving.⁷⁷ Hetzelfde geldt voor de opsporing en het toezicht dat wordt verricht door de FIOD/ECD, waardoor (potentiële) inbreukmakers eveneens worden afgeschrikt.⁷⁸ Dat de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving bestaat en dat van die mogelijkheid ook daadwerkelijk gebruik gemaakt wordt (zij het in een relatief klein aantal gevallen), is van essentieel belang. Volgens Brein kan hierdoor de civielrechtelijke handhaving veel effectiever plaatsvinden; de strafrechtelijke handhaving dient hierbij als het ware als een stok achter de deur.⁷⁹

Indien het tot strafrechtelijke handhaving gekomen is, kan dit weer van belang zijn voor de civielrechtelijke handhaving door Brein. Zo heeft de strafrechtelijke handhaving invloed op de civiele procedure in bewijsrechtelijke zin. Een strafrechtelijke veroordeling heeft als grote voordeel dat de daarin bewezen feiten civielrechtelijk vast komen staan.⁸⁰

Daarnaast verschaft het Openbaar Ministerie op verzoek van Brein informatie over de inbreukmaker. Met name zijn de ‘Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens’ en de daarmee samenhangende ‘Aanwijzing verstrekking van strafvorderlijke gegevens voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden’ van belang.⁸¹ Hierdoor kunnen de benodigde gegevens worden verstrekt ten behoeve van de vergoeding van de schade, die is ontstaan als gevolg van het strafbaar feit. Stichting Brein wordt expliciet in de Aanwijzing bestrijding intellectuele eigendomsfraude genoemd als een stichting die een dergelijk verzoek kan

⁷⁵ Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude van 1 februari 2006.

⁷⁶ Rb. Rotterdam 23 juni 2006 (strafzaak is aangehouden).

⁷⁷ Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude van 1 februari 2006; H.J. Biemond, ‘Wij verkopen normbevestiging’ (interview), *NRC Handelsblad* 24 december 2004, p.17.

⁷⁸ Jaarverslag Belastingdienst 2005, p. 22.

⁷⁹ <http://212.136.47.12/assets/downloads/BREININFO_NL.pdf>.

⁸⁰ Art. 161 Rv.

⁸¹ Met name afdeling 2 van Titel 2A van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en de Aanwijzing verstrekking van strafvorderlijke gegevens voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden van 1 september 2004.

doen.⁸² Bij de informatieverstrekking moet het gaan om een ‘noodzaak met het oog op een zwaarwegend belang’.⁸³ In de Memorie van Toelichting wordt benadrukt dat het Openbaar Ministerie steeds een belangenafweging dient te maken tussen de belangen van derden, die specifieke informatie nodig hebben voor de uitoefening van hun taak, en de burgers over wie de gegevens zijn verzameld, die recht hebben op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer.⁸⁴ Voorts is van belang dat het Openbaar Ministerie bij die afweging betreft dat het gaat om informatie die veelal door de overheid met behulp van dwangmiddelen, vaak buiten de betrokkenen om, is verzameld met het oog op waarheidsvinding.⁸⁵ De verzamelde strafvorderlijke informatie, die de FIOD/ECD hebben verzameld en verwerkt bij de opsporing, komen op die manier weer terecht bij Stichting Brein. De cirkel is rond. Enerzijds zal er dus van het strafrecht zelf een preventieve, repressieve en normbevestigende werking moeten uitgaan die bijdraagt aan de effectiviteit van de civielrechtelijke handhaving, waarbij Brein kennis en informatie levert aan de FIOD/ECD en aangifte kan doen. Anderzijds zal er na een veroordeling de mogelijkheid bestaan voor organisaties om strafvorderlijke gegevens op te vragen, die zij weer kunnen gebruiken in een civiele zaak en levert een strafvonnis weer dwingend bewijs op in een civiele procedure.

2.5.2 *De douane*

Op grond van efficiency- en doelmatigheidsgronden ondersteunt de overheid ook situaties waarin inbreukmakende goederen door de douane aan de landsgrenzen worden aangetroffen.⁸⁶

Het optreden van de douane bij mogelijke inbreuken is onder andere gebaseerd op een verordening van de Raad van de Europese Unie, de zogeheten anti-piraterijverordening.⁸⁷

Doel van deze verordening is om de voorwaarden vast te stellen waaronder de douaneautoriteiten en ‘houders van een recht’ kunnen optreden, wanneer er een vermoeden is dat bepaalde goederen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten.

Onder ‘houders van een recht’ dient tevens te worden verstaan elk ander die gemachtigd is de intellectuele eigendomsrechten te gebruiken, of hun vertegenwoordiger, zodat ook Brein gebruik kan maken van deze verordening.⁸⁸ Onderscheid moet hier worden gemaakt tussen de situatie dat al wel een verzoek om optreden is ingediend en de situatie dat dit niet het geval is.

⁸² Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude van 1 februari 2006.

⁸³ Art. 39f Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 886, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 886, nr. 3, p. 4 (MvT).

⁸⁶ Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude van 1 februari 2006.

⁸⁷ Verordening (EG) nr. 1383/03 van de Raad van 22 juli 2003 (*PbEG* 2003, L 196/7).

Daarbij is het handelen van de douane met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten uitgewerkt in het Handboek VGEM,

<www.douane.nl/bibliotheek/handboeken/vgem/hvgem_30-05-00.html>.

⁸⁸ Art. 2 lid 2 sub b van de anti-piraterijverordening.

Wanneer het optreden van de douane plaatsvindt voordat een verzoek tot optreden door de ‘houder van het recht’ is ingediend of ingewilligd en het optreden voldoende aanwijzingen oplevert dat inbreuk wordt gemaakt op intellectuele eigendomsrechten, kunnen douaneautoriteiten de vrijgave van de goederen opschorten. De rechthebbende dient alle informatie te verstrekken die het vermoeden van een inbreuk kan bevestigen.

Daarnaast wordt ‘houders van een recht’, die informatie hebben over mogelijke inbreuken of vermoeden dat inbreukmakende goederen het land binnenkomen, van te voren de mogelijkheid geboden om een verzoek om op te treden in te dienen bij de douaneautoriteiten.⁸⁹

Met betrekking tot namaak en piraterij heeft de douane in 2005 in totaal 2296 geregistreerde zaken behandeld, waarvan er 1904 voortkwamen uit ambtshalve optreden en 392 zaken na een verzoek tot optreden.⁹⁰

Teneinde het optreden tegen inbreuken te vergemakkelijken wordt in de verordening een verdergaande versnelde procedure voorgesteld met betrekking tot de vernietiging van (mogelijk) inbreukmakende goederen.⁹¹ De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam oordeelde onlangs dat de nationale procedure al een vernietigingsprocedure kent en dat die gevolgd dient te worden.⁹² Brein zou echter een betere positie krijgen wanneer de versnelde vernietigingsprocedure zou worden ingevoerd, zoals beschreven in de verordening, omdat die procedure met minder waarborgen omkleed is voor de (mogelijke) inbreukmakers.

2.6 Conclusie en aanbevelingen

Hoewel steeds benadrukt wordt dat handhaving primair in handen is van de rechthebbenden, kan de overheid veel invloed uitoefenen op de collectieve privaatrechtelijke handhaving. Dit komt met name door de gunstige omgeving die de overheid creëert voor de collectieve handhaving.

Zo ondersteunt de overheid de collectieve handhaving met behulp van het uitvaardigen van ondersteunende regelgeving. Rechthebbenden van intellectuele eigendomsrechten hebben via het procesrecht ruimere mogelijkheden tot bescherming van hun rechten dan dat procespartijen in een reguliere procedure hebben. De overheid benadrukt in de Memorie van Toelichting bij de wetgeving ter implementatie van de Handhavingsrichtlijn dat privaatrechtelijke organisaties geen bijzondere positie moeten krijgen en dezelfde zorgvuldigheidsnormen in acht dienen te nemen als ‘normale rechthebbenden’ bij de handhaving van hun rechten. Desondanks kan worden vastgesteld dat Brein door deze wet feitelijk bezien wel degelijk een bijzondere positie krijgt ten opzichte van ‘normale’

⁸⁹ Art. 5 van de anti-piraterijverordening.

⁹⁰ www.ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/counterf_comm_2005_en.pdf.

⁹¹ Art. 11 van de anti-piraterijverordening.

⁹² Rb. Rotterdam, 22 augustus 2006, *LJN* AY6661.

rechthebbenden. De maatregelen die genomen kunnen worden door de nieuwe wet gaan vrij ver en kunnen, door de gehanteerde belangenafweging, eigenlijk alleen worden ingeroepen bij grote inbreuken. Dit zal betekenen dat deze maatregelen voornamelijk gebruikt zullen worden door grote partijen en organisaties, zoals Brein.

Daarnaast wordt Brein bij de handhaving ondersteund door de samenwerking met verschillende overheidsorganisaties. De samenwerking met de douane komt goed tot uiting in de verzoeken om handhaving en de afwikkeling bij ontdekking van goederen waarvan de douane het vermoeden heeft dat zij inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten. Brein werkt ook samen met de FIOD/ECD en het Openbaar Ministerie. Hoewel strafrechtelijke handhaving toebehoort aan de overheid is Brein daar in mijn ogen toch bij betrokken, met name doordat Brein deelneemt aan het overleg over de handhavingsarrangementen. Verder levert Brein kennis en informatie aan de FIOD/ECD en doet zij aangifte. Daarnaast kan Brein strafvorderlijke gegevens voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden verkrijgen, zodat deze gegevens gebruikt kunnen worden in een civiele zaak of in hun anti-piraterijbestand en leveren strafvonnissen dwingend bewijs op in een civiele procedure. Bovendien kan het strafrecht door zijn preventieve, repressieve en normbevestigende werking bijdragen aan de effectiviteit van de civielrechtelijke handhaving.

De collectieve handhaving wordt verder ondersteund doordat Brein samenwerkt met de overheid bij de voorlichting en zorgt dat successen media-aandacht krijgen. Hiermee proberen zij gedrag te beïnvloeden; bij voorlichting gaat het om het kweken van een beter begrip voor het auteursrecht, terwijl het doel bij media-aandacht juist is om het publiek af te schrikken inbreuken te begaan.

Naast de genoemde ondersteuning, kan vastgesteld worden dat Brein zelf ook het bereik van haar privaatrechtelijke bevoegdheden probeert uit te rekken, zoals bleek in de par. over de creativiteit van Brein.

Uit het bovenstaande valt af te leiden dat Brein zich een bijzondere, machtige positie heeft weten te verwerven. Die bijzondere positie biedt de mogelijkheid om effectief op te treden tegen de vele inbreuken op auteursrechten in Nederland, maar die bijzondere positie vereist dan in ieder geval wel een goed functionerend toezicht. Daar is nog geen sprake van. Dit is een onbevredigende uitgangspositie, mede omdat het toezicht op de collectieve beheersorganisaties, die Brein hebben opgericht en door wie Brein volledig wordt gefinancierd, ook nog niet naar tevredenheid werkt.

Het lijkt mij overbodig een grote toezichthoudende organisatie op te richten, die toezicht gaat houden op grote collectieve handhavingsorganisaties. Dit is te duur en te omslachtig voor de huidige situatie. Mogelijk zou de rechter hier een goedkope oplossing kunnen zijn en zo enig juridisch tegenwicht kunnen bieden. Deze oplossing had gemakkelijk vormgegeven kunnen worden door de rechter het handelen van Brein te laten toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het probleem is echter dat Brein niet valt onder de beschrijving van een bestuursorgaan in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht, zodat haar handelen niet getoetst kan worden aan de normen in de Algemene Wet Bestuurs-

recht.⁹³ Brein is immers niet met openbaar gezag bekleed, inhoudende dat Brein bevoegd zou zijn eenzijdig rechten of plichten voor een ander in het leven te roepen of bindend vast te stellen.⁹⁴

Nu een verplichte toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur op basis van de Algemene Wet Bestuursrecht niet mogelijk is, bestaat er mijns inziens een andere mogelijkheid voor de rechter om tegenwicht te bieden. Te allen tijde wanneer het een civiele procedure betreft waar Brein bij betrokken is en de rechter toetst aan hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, alsmede wanneer hij toetst aan de redelijkheid en billijkheid, dient hij in zijn oordeel de bijzondere omstandigheden te betrekken, zodat een grote mate van zorgvuldigheid verwacht mag worden van het handelen van Brein. Het betreft hier namelijk een grote, machtige organisatie met veel kennis en expertise, die door de huidige vormgeving buiten iedere vorm van toezicht valt. Daarbij opereert Brein in een door de overheid gecreëerde omgeving, waarin het haar mogelijk wordt gemaakt steeds meer een 'publieke taak' te vervullen.

⁹³ Art. 1:1 Awb.

⁹⁴ H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2005, p. 64.

III Privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit

Mieke van Campen

3.1 Inleiding

Vandaag de dag is het niet uitzonderlijk als u een mail ontvangt waarin staat dat u een grote geldprijs heeft gewonnen, maar alvorens u deze in ontvangst kunt nemen, moet u wel eerst even ‘administratiekosten’ betalen.

‘Dutch lottery scams’ zijn in het buitenland helaas een bekend begrip. Het blijkt dat veel van deze praktijken vanuit Nederland worden uitgevoerd, of dat men gebruik maakt van een postbus in Nederland, waarbij men zich vaak ook richt op buitenlandse consumenten.¹ Onder de noemer ‘misleidende loterijen en prijzenfestivals’ worden praktijken geschaard die erop gericht zijn bij de consument de indruk te wekken dat hij iets gewonnen heeft of een ander voordeel zal behalen, terwijl daarvan in werkelijkheid geen sprake is. Aan deelname zijn voor de consument veelal kosten verbonden. Dit is één van de aandachtsgebieden voor 2007 van de Consumentenautoriteit, dé nieuwe toezichthouder op het consumentenrecht. Sinds 1 januari 2007 heeft de nieuwe ‘waakhond’ de bevoegdheid om de Wet Handhaving Consumentenbescherming (Whc) die in november 2006 is aangenomen,² te handhaven. Hier vloeien allerlei interessante vragen uit voort. Zoals de vraag waarom er een nieuwe toezichthouder in het leven is geroepen. Wat doet deze toezichthouder, wat zijn de taken en bevoegdheden? Waarom intervenueert de overheid in dit gebied dat traditioneel tot het domein van het privaatrecht lijkt te behoren? Hoe verhoudt het publieke toezicht zich tot de privaatrechtelijke handhaving? Wat is de verhouding tussen publiekrechtelijke - en privaatrechtelijke handhaving? Kortom: Wat is de rol van de publieke Consumentenautoriteit bij de overwegend privaatrechtelijk geregelde consumentenzaken? En is privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit hierbij wenselijk?

In deze bijdrage zal ik allereerst een algemeen beeld schetsen van wat de Consumentenautoriteit is en waarom deze in het leven is geroepen (par. 2). Vervolgens zal ik de taken en bevoegdheden uiteenzetten (par. 3). Daarna komt een vergelijking met het Verenigd Koninkrijk aan bod, waar de ‘Office of Fair Trading’ al ruim 30 jaar dienst doet als toezichthouder op het consumentenrecht (par. 4). Deze vergelijking wordt gevolgd door een behandeling van de vraag of privaatrechtelijke handhaving door de overheid wenselijk is (par. 5). Hierbij zet ik onder andere het mogelijke ‘gevaar voor publicisering’

¹ Consuwijzer, *Special misleidende loterijen*, <www.consuwijzer.nl>.

² *Stb.* 2006/592.

uiteen en bespreek ik de verschillen in rechtsbescherming ten aanzien van de procedure bij de civiele rechter en de administratieve rechter. Tot slot zal ik mijn conclusie formuleren. Hetgeen in deze bijdrage volgt, is gebaseerd op parlementaire stukken, jurisprudentie, literatuur, beleidsonderzoeken en webresearch.

3.2 De Consumentenautoriteit

3.2.1 De achtergrond

De Consumentenautoriteit is de toezichthouder op de naleving van consumentenrecht. De autoriteit is een onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken. In Nederland ontbrak, als een van de weinige landen in Europa, een publieke toezichthouder op het algemene terrein van het consumentenrecht.³ Er was sprake van een structureel nalevingstekort op consumentenmarkten en daarbij was er behoefte aan versterking van de interne markt.⁴

De basis voor oprichting van de Consumentenautoriteit ligt ten eerste in de implementatie van de op 27 oktober 2004 door het Europees Parlement en de Raad van Ministers aangenomen Verordening inzake samenwerking handhaving consumentenbescherming⁵ (hierna: verordening 2006/2004) in Nederland. Dit is gebeurd door middel van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc).⁶ Verordening 2006/2004 schrijft een netwerk van publieke handhavingsinstanties in de Europese Unie voor, met als doel de consument te beschermen tegen intracommunautaire inbreuken met een collectief karakter op het Europese consumentenrecht.⁷ In Nederland is de Consumentenautoriteit opgericht en aangewezen als bevoegde autoriteit. Een vraag die logischerwijs meteen rijst, is waarom er nu voor een nieuwe toezichthouder is gekozen. Wij hebben in Nederland immers al de AFM, OPTA en NMa. De reden die het kabinet aandraagt, is dat de met de Whc beoogde doelstelling, de verbeterde bescherming van de consument tegen inbreuken met een collectief karakter, niet goed passen bij de al bestaande toezichthouders. De AFM en de OPTA houden namelijk toezicht op sectorspecifieke regelgeving en zijn daarom niet geschikt voor een generiek toezicht zoals uit de

³ Ministerie van Economische Zaken, *Strategisch Actieprogramma. Een versterkte consumentaliteit*, p. 20, <www.minez.nl>.

⁴ S.W. Ammerlaan & D.J. Janssen, 'De Consumentenautoriteit: een introductie', *TvC* 2006-5, p. 139.

⁵ Verordening nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004, (*PbEU* 2004, L 364/1).

⁶ *Stb.* 2006/591.

⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 3. Voor de algemene grondslagen van de verordening en commentaren op de totstandkoming verwijs ik naar het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, 2 oktober 2001, COM(2001)531 def. Dit zal ik in deze bijdrage buiten beschouwing laten.

verordening voortvloeit. De NMa is weliswaar een generieke toezichthouder, maar primair gericht op het bewaken van een goede marktwerking (denk hierbij aan werkzame concurrentie en efficiënte aanwending van productiemiddelen). Handhaving van regels van consumentenbescherming past hier minder goed bij.⁸

Ten tweede ligt de basis voor oprichting van de Consumentenautoriteit in het kabinetsbeleid, voortkomend uit het Strategisch actieprogramma van 21 juni 2004.⁹ Er was behoefte aan een herijking van het consumentenbeleid. De Whc voorziet in die noodzakelijke herijking.

De staatssecretaris van Economische Zaken vat de visie van het kabinet in het actieprogramma als volgt samen.¹⁰

‘Kenbare normen dragen – samen met de handhaving – bij aan een goed functioneren van markten. Duidelijk moet zijn welke marktgedragingen we wel en niet toegestaan achten. Goede marktwerking (een transparant marktproces), een gelijk speelveld voor marktpartijen en versterking van de positie van de consument zijn de uitgangspunten.¹¹ Consumenten en bedrijven zijn in de eerste plaats zelf verantwoordelijk om regels na te leven. Zichtbaar en merkbaar toezicht is daarbij het sluitstuk.’

Naast deze kabinetsvisie zijn in verschillende onderzoeken naar de ‘witte vlekken’ op het gebied van consumentenbescherming, problemen gesignaleerd die oplossing behoeven.¹²

Uit gesprekken met relevante betrokkenen¹³ en onderzoeken, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, zijn interessante gegevens naar boven gekomen. Het blijkt dat de meeste klachten zaken betreffen met een collectief karakter, dat wil zeggen inbreuken op het consumentenrecht waar meerdere consumenten schade van (kunnen) ondervinden. Hierbij moet gedacht worden aan klachten over bijvoorbeeld algemene voorwaarden, garanties en misleidende loterijen.¹⁴ De instelling van de Consumentenautoriteit komt ook aan deze twee punten tegemoet.

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 4.

⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 27 879, nr. 9.

¹⁰ Ministerie van Economische Zaken, *Strategisch Actieprogramma. Een versterkte consumententelevisie*, p. 3, <www.minez.nl>.

¹¹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 454, nr. 1, p. 7.

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 2.

¹³ Onder andere de Consumentenbond, Stichting De Ombudsman, MKB Nederland, VNO-NCW.

¹⁴ Voor meer resultaten en conclusies zie: *Klachtenafhandeling in de detailhandel en autobranche*, NIPO, april 2004; *Onderzoek naar afhandeling van individuele consumentenklachten*, Twijnstra Gudde, april 2004; *Consumentenklachten en collectieve acties*, EIM, april 2004; *Consument en informatie: zoekt en gij zult vinden?*, Intomart, mei 2004.

3.2.2 Doelen

De Consumentenautoriteit heeft als missie ‘het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten, waarbij de economische belangen van consumenten het uitgangspunt zijn’. Uit deze missie vloeien twee doelen voort, namelijk het bevorderen van naleving van de regels van consumentenrecht en het vergroten van de kennis van consumenten én aanbieders over consumentenrechten- en plichten en mogelijkheden om recht te halen. De doelen hangen op een bijzondere manier met elkaar samen. Ze zijn allebei gericht op het herstellen of versterken van het consumentenvertrouwen in de markt. De Consuwijzer, het informatieloket van de Consumentenautoriteit (in samenwerking met de NMa en de OPTA), heeft daarbij een tweezijdige functie. Door middel van informatieverstrekking via de Consuwijzer over bijvoorbeeld afgeronde onderzoeken, wordt de kennis bij consumenten vergroot en dit zal een disciplinerende werking hebben op de markt. Consumenten geven op hun beurt informatie via de Consuwijzer aan de Consumentenautoriteit, die zij weer kan gebruiken om goed toezicht te houden op de inbreuken die gemaakt worden op consumentenrechten.¹⁵

3.2.3 Aandachtsgebieden

De Consumentenautoriteit heeft beperkte capaciteit. De totale personele omvang is slechts 30 fte.¹⁶ Daar tegenover staat een breed werkterrein dat een groot aantal sectoren omvat en zowel nationale als internationale inbreuken betreft. Om structurele gedragsveranderingen bij bedrijven teweeg te brengen, is daarom een gestructureerde aanpak nodig. Er is een keuze gemaakt voor een beperkt aantal aandachtsgebieden.

Om van signalen tot aandachtsgebieden (branche, soort inbreuk) en zaken (de specifieke inbreuken) te komen, past de Consumentenautoriteit prioriteringscriteria toe, waarbij de impact van het niet-naleven van de betreffende regels centraal staat. De criteria luiden als volgt. Ten eerste is de omvang van de schade voor consumenten van belang. Hoeveel consumenten worden er (potentieel) gedupeerd en wat is de schade per consument? Ten tweede is de impact op het consumentenvertrouwen relevant. Is een bepaald onderwerp essentieel vanuit het oogpunt van herstel of versterking van het consumentenvertrouwen? Ten derde is van belang welke impact een bepaalde gedraging op de markt heeft. Wat voor invloed heeft een bepaalde inbreuk op de mate van (eerlijke) concurrentie?¹⁷

¹⁵ Consumentenautoriteit, *Consultatiedocument september 2006*, p. 5, <www.consumentenautoriteit.nl>.

¹⁶ Consumentenautoriteit, *Organogram van de Consumentenautoriteit*, <www.consumentenautoriteit.nl>.

¹⁷ Consumentenautoriteit, *Werkwijze*, <www.consumentenautoriteit.nl>.

Aan de hand van deze criteria is de Consumentenautoriteit tot de volgende vijf aandachtsgebieden gekomen.¹⁸ Om te beginnen de algemene voorwaarden. Met name de eenzijdig vastgestelde voorwaarden bevatten meer dan eens onredelijke bedingen. Algemene voorwaarden zijn een duidelijk voorbeeld waarbij veel consumenten schade kunnen ondervinden, omdat een bedrijf die voorwaarden keer op keer gebruikt. Misleidende loterijen en prijzenfestivals zijn een tweede gebied. Het derde aandachtsgebied omvat klachten die samenhangen met garantie en conformiteit. Het betreft klachten over de uitvoering van de wettelijke garantie, de leveranciers- of fabrieksgarantie, maar vooral ook over de gebreken die zich voordoen na het verstrijken van de garantietermijn. Het vierde gebied dat volgens de autoriteit aandacht behoeft is de internethandel. Essentieel is hierbij dat de internetwinkels zich houden aan hun informatieverplichting. Met name de informatieverstreking met betrekking tot het recht van de bedenktijd van zeven werkdagen, wordt niet altijd nageleefd. De reisbranche behelst het laatste gebied. Het gebrek aan transparantie van prijzen is hierbij het belangrijkste euvel. Door de reisbranche wordt er reclame gemaakt met prijzen exclusief belastingen en toeslagen. Daardoor is het voor veel consumenten moeilijk om een optimale keuze te maken. Gevolg hiervan is dat het marktmechanisme niet naar behoren functioneert.¹⁹ De keuzevrijheid voor aan te pakken zaken geldt alleen voor nationale zaken. Bij internationale zaken is de autoriteit verplicht gehoor te geven aan de verzoeken van andere EU-lidstaten om bijstand te verlenen, ongeacht het onderwerp.²⁰

3.3 Taken en bevoegdheden van de Consumentenautoriteit

3.3.1 Taken

Om de eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten te bevorderen, heeft de autoriteit drie taken toebedeeld gekregen. Twee wettelijke taken, gebaseerd op de verordening 2006/2004 en de Whc en een buitenwettelijke taak die voortvloeit uit het Strategisch Actieprogramma.²¹

De eerste taak is die van bevoegde autoriteit. Dat wil zeggen toezicht houden op de naleving van regels van consumentenrecht en indien nodig in dat kader handhavend optreden.²² Het betreft alleen collectieve (met name grensoverschrijdende) inbreuken op consumentenbelangen. Immers in individuele zaken is de autoriteit ingevolge artikel 1.1 onder f Whc niet bevoegd. De autoriteit krijgt dus ook geen taken inzake individuele geschiloplossing. De tweede

¹⁸ Opgesteld voor het jaar 2007.

¹⁹ Consumentenautoriteit, *Consultatiedocument september 2006*, p. 3, <www.consumentenautoriteit.nl>.

²⁰ Consumentenautoriteit, *Werkwijze*, <www.consumentenautoriteit.nl>.

²¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 24.

²² Art. 3 onder c jo. art. 4 lid 1 verordening 2006/2004 jo. art. 2.1-2.4 Whc.

taak van de Consumentenautoriteit is optreden als verbindingsbureau, aldus artikel 2.3 Whc. Dit houdt in dat relaties moeten worden onderhouden met alle toezichthouders op het terrein van de consumentenbescherming (van AFM tot VWA). Coördinatie van verzoeken van en aan het Europese netwerk van bevoegde autoriteiten om wederzijdse bijstand bij intracommunautaire inbreuken (en vermoedens hiervan), zijn hier de belangrijkste invulling van.²³ De buitenwettelijke taak is ondanks de gegeven naam in dit verband zeker niet de minst belangrijke taak. De autoriteit moet optreden als informatieloket voor zowel de consument als de bedrijven. De kennis van beide partijen met betrekking tot hun rechten en plichten schiet vooralsnog tekort. Hierdoor weten consumenten en aanbieders niet waar zij aan toe zijn en dit zorgt voor problemen. Dit kennistekort gaat de Consumentenautoriteit samen met de NMa en de OPTA te lijf met behulp van de eerder genoemde Consuwijzer.²⁴ Op die manier is voorlichting een net zo belangrijke taak als de twee wettelijke taken van de Consumentenautoriteit. Hiermee moet bereikt worden dat de regels beter worden nageleefd. De gedachte hierachter is dat de consument aldus beter geïnformeerde en efficiëntere keuzes kan maken en hierdoor weer meer vertrouwen krijgt. Dit heeft een positieve uitwerking op de markt en daarmee op de economische groei, zo is de gedachte.²⁵

3.3.2 Bevoegdheden

3.3.2.1 Toezicht

Zoals eerder vermeld, gaat de Consumentenautoriteit bestuurlijk toezicht houden op voornamelijk privaatrechtelijke consumentenregels. Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen de toezicht- en de handhavingsbevoegdheden. Toezicht is een belangrijke schakel in de reguleringsketen.²⁶ Het houden van toezicht gebeurt geheel bestuursrechtelijk, omdat dit met in achtname van artikel 4 lid 6 verordening 2006/2004 onvermijdelijk is. De bevoegdheden zoals voorgeschreven in dit artikel, kunnen alleen effectief worden uitgevoerd indien dit bestuursrechtelijk wordt ingevuld. Toezicht vindt in dit kader plaats conform de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Toezichthoudende ambtenaren beschikken over onder andere de volgende bevoegdheden: het betreden van plaatsen (art. 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb), het vorderen van identificatie van personen (art. 5:16a Awb), de inzage van gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb), onderzoek, opneming en

²³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 27.

²⁴ Consumentenautoriteit, <www.consuwijzer.nl>.

²⁵ Ministerie van Economische Zaken, *Strategisch Actieprogramma. Een versterkte consumententaliteit*, p. 8-10, <www.minez.nl>.

²⁶ 'Toezicht vormt het geheel van feitelijke handelingen en rechtshandelingen die worden verricht om vast te stellen of de regels worden nageleefd', aldus M.A. Heldeweg, 'Een koekoeksjong in het consumentenrecht? Bestuursrechtelijke aspecten van de nieuwe Consumentenautoriteit', *TvC* 2006-5, p. 153.

monsterneming (art. 5:18 Awb), onderzoek van vervoermiddelen (art. 5:19 Awb).

Daarbij is eenieder verplicht alle medewerking te verlenen aan een toezicht-houder binnen de door hem gestelde redelijke termijn die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (art. 5:20 Awb). Indien medewerking niet wordt verleend, kan deze zelfs worden afgedwongen door middel van een last onder dwangsom op basis van artikel 2.10 lid 2 Whc.

3.3.2.2 Handhaving

Voor het afdwingen van naleving van de regelgeving kan de Consumentenautoriteit gebruik maken van privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handhavingbevoegdheden. Handhaving is een andere belangrijke schakel in de reguleringsketen. Het houdt kort gezegd in dat door toepassing van sancties geconstateerde normschendingen ongedaan, gecorrigeerd of gecompenseerd worden.²⁷ Hoewel deze bijdrage de privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit betreft, kan ik niet slechts volstaan met de enkele vermelding dat er ook bestuursrechtelijke bevoegdheden bestaan, omdat ik in deze bijdrage ook de vraag aan de orde stel of het hieronder te bespreken duale stelsel wenselijk is. Ik zal dan ook beide bevoegdheden bespreken. Welke bevoegdheid er in een bepaalde omstandigheid wordt ingezet, ligt aan de aard van de wettelijke bepaling die de Consumentenautoriteit in dat geval handhaaft. In de Whc is een indeling gemaakt tussen de bepalingen waarover de civiele rechter mag beslissen en de bepalingen waar de bestuursrechter een oordeel over mag geven.^{28, 29}

Privaatrechtelijke handhaving

Wat betreft de privaatrechtelijk te handhaven regels is er sprake van een duaal stelsel. Het toezicht vindt bestuursrechtelijk plaats, de handhaving loopt via de civiele rechter. Een vraag die hierbij gesteld kan worden, is waarom het toezicht en de handhaving van zowel de publiek- als de privaatrechtelijke regels niet volledig plaats kan vinden op basis van het bestuursrecht. Toezicht en handhaving komen op die manier in één hand terecht. Hier is niet voor gekozen, omdat in de eerste plaats het bestaande Nederlandse stelsel van consumentenbescherming overwegend privaatrechtelijk is. Dit stelsel wenst de regering zoveel mogelijk in stand te houden. Daarbij is het onwenselijk dat de bestuursrechter privaatrechtelijke begrippen en beginselen gaat uitleggen. Er zou op die manier een tweedeling in de handhaving ontstaan, omdat ook de civiele rechter bevoegd blijft de regels voor consumentenbescherming te handhaven indien individuele consumenten hier om vragen.³⁰

²⁷ Heldeweg 2006, p. 153 (zie noot 26).

²⁸ Respectievelijk onderdeel a en b van de bijlage bij de Whc (art. 2.2, 2.5 lid 1 en 2.7 Whc).

²⁹ Op deze indeling kom ik terug in par. 5.3.

³⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30.

Bijzondere verzoekschriftprocedure

Nieuw in deze privaatrechtelijke handhaving is dat de Consumentenautoriteit in geval van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen, gebruik kan maken van een bijzondere verzoekschriftprocedure.³¹ Het Gerechtshof 's-Gravenhage kan op verzoek van de Consumentenautoriteit bevelen dat de inbreuk wordt gestaakt. Eventueel onder verbeuring van een (civielrechtelijke!) dwangsom. Het Hof moet dit verzoekschrift onverwijld behandelen. Dit is de eerste handhavingsbevoegdheid en naar mijn mening ook meteen de belangrijkste van de autoriteit. De Minister van Justitie heeft over deze procedure advies gevraagd aan de Raad voor de rechtspraak.³² Hoewel de Raad zich wel kan vinden in de concentratie van de verbodsprocedure bij het Gerechtshof 's-Gravenhage, ligt het naar het oordeel van de Raad meer voor de hand dat, vanuit het perspectief van een eenduidige rechtspleging, de verbodszaken via een dagvaarding worden aangebracht. Hier wordt een vergelijking gemaakt met artikel 6:241 BW. Dit artikel betreft verbodszaken aangaande onredelijke bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Het Gerechtshof 's-Gravenhage is bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van deze zaken in een dagvaardingsprocedure. Het is bovendien eenvoudiger om derden in vrijwaring op te roepen en om zaken te voegen, incidenten die zich in verbodszaken regelmatig voor kunnen doen. Het advies van de Raad was dan ook om de verzoekschriftprocedure te wijzigen in een dagvaardingsprocedure. Dit advies is niet opgevolgd, omdat een verzoekschriftprocedure over het algemeen sneller en doelmatiger is dan een 'gewone dagvaardingsprocedure'. In beginsel vindt er slechts één schriftelijke ronde plaats. De concentratie van de rechtspraak bij één feitelijke instantie bevordert de snelheid van de procedure. De rechter is minder lijdelijk dan in een dagvaardingsprocedure, hetgeen de doelmatigheid van de procedure ten goede komt. Daarbij komt dat door gebruikmaking van de verzoekschriftprocedure voldaan kan worden aan de Europeesrechtelijke verplichting van 'onverwijldheid',³³ aldus de Memorie van Toelichting.³⁴

Collectieve actie

Een tweede handhavingsbevoegdheid van de Consumentenautoriteit is de 'gewone' collectieve actie van artikel 305b van Boek 3 BW. Deze bepaling, die al bestaat sinds 1994³⁵, betreft een dagvaardingsprocedure waarin het, net zoals voor de belangenorganisaties van artikel 3:305a BW, voor publiekrechtelijke rechtspersonen mogelijk is een gebod, verbod of verklaring voor recht te vorderen. Argumenten voor een (afzonderlijk) collectief actierecht als bedoeld in artikel 3:305a en 3:305b zijn onder andere de behoefte aan het in

³¹ Art. 2.5 Wvca jo. 3:305d BW.

³² Raad voor de rechtspraak, *Advies inzake wetsvoorstel handhaving consumentenbescherming* (advies van 25 juli 2005), Den Haag: 2005, <www.rechtspraak.nl>.

³³ Art. 8 lid 1 verordening 2006/2004.

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 33-34.

³⁵ Wet van 6 april 1994 (*Stb.* 269). Inwerkingtredingsbesluit van 27 mei 1994 (*Stb.* 391).

rechte kunnen optreden door belangenorganisaties en (en publieke rechtspersonen) in omstandigheden waar het per individu geringe, maar in hun totaliteit aanzienlijke belangen betreft. Indien het initiatief aan het individu zelf wordt overgelaten, wordt het belang niet goed genoeg beschermd. Daarbij is de drempel voor toegang tot de rechter voor belangenorganisaties lager dan voor individuen en gaat er van collectief actierecht een preventieve werking uit. De primaire gedachte is de verbeterde mogelijkheid tot handhaving van de materiële bepalingen van een aantal wetten³⁶ en daarbij de mogelijkheid om preventief op te treden tegen dreigende schendingen van deze bepalingen.³⁷ Het collectief actierecht is dus geboren uit de behoefte naar handhaving van normen waarvan afdwinging in een individuele procedure op problemen stuit. Een veel voorkomend probleem is dat het in individuele gevallen niet de moeite loont om bij schending van normen in rechte de handhaving daarvan af te dwingen.³⁸ Er zijn een aantal voordelen verbonden aan het bestaan van een algemene regeling van het collectieve actierecht. Een algemene regeling voorkomt ten eerste dat bij specifieke regelingen telkens nadere voorwaarden worden gesteld. Er wordt door de algemene regeling van 3:305a e.v. voorkomen dat er een te grote diversiteit in ontvankelijkheidsvoorwaarden ontstaat. Rechtszekerheid en eenheid van regelgeving is hiermee gediend. Ten tweede hoeft door de algemene regeling niet meer bij ieder wetsvoorstel de vraag gesteld te worden of er een collectieve actie dient te worden opgenomen. Ten derde kunnen door de invoering van de algemene regeling van het collectief actierecht een aantal overbodige specifieke regelingen worden geschrapt. Voorts was de overweging van de wetgever bij 3:305a en 3:305b destijds dat de algemene regeling een belangenorganisatie of publiekrechtelijk lichaam betere mogelijkheden biedt om ook buiten rechte op te komen voor de door hen behartigde belangen. De gelijkwaardigheid van marktpartijen bij zelfregulering wordt daardoor vergroot.³⁹

Artikel 2.5 Whc (jo. 3:305d BW) bouwt voort op (de wetsgeschiedenis van) artikel 3:305b BW. Op basis van beide bepalingen heeft de overheid de bevoegdheid als representant van getroffen consumenten (burgers in het algemeen) de civiele rechter te adïëren.⁴⁰ In beide bepalingen moet het een collectieve actie betreffen, dus in individuele gevallen bestaat er geen bevoegdheid op basis van 3:305b en 3:305d BW. In het consumentenrecht is er vaak sprake van een gering individueel belang in een bepaalde zaak, terwijl het in zijn to-

³⁶ Onder andere de Wet misleidende reclame (art. 6:196 BW), art. 29a Auteurswet, art. 6:240 BW.

³⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 2.

³⁸ N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 2.

³⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 15-16.

⁴⁰ Frenk 1994, p. 128 (zie noot 38).

taliteit om een aanzienlijk belang gaat.⁴¹ Daarbij is het de bedoeling dat, evenals bij het collectief actierecht van 3:305b een dreigende, preventieve werking van de Consumentenautoriteit uitgaat.

Er bestaat echter ook een verschil tussen beide bepalingen. Ten eerste wordt op basis van artikel 3:305b BW geprocedeerd door middel van een dagvaarding. Artikel 2.5 Whc jo. 3:305d BW betreft een bijzondere verzoekschriftprocedure. Ten tweede heeft artikel 3:305b BW een beperking die in artikel 3:305d BW is ondervangen door het expliciet toekennen van het collectief actierecht aan de Consumentenautoriteit. Deze beperking vloeit voort uit het Windmill-arrest⁴². In dit arrest geeft de Hoge Raad aan onder welke voorwaarden de overheid privaatrechtelijke bevoegdheden mag aanwenden als alternatief voor een publiekrechtelijke bevoegdheid. Beslissend hierbij is de vraag of het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet gelet worden op de inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit de geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin de belangen van de burgers zijn beschermd. Voorts is van belang of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van het privaatrecht. Is dit laatste het geval dan zal er niet snel plaats zijn voor de privaatrechtelijke weg.⁴³

Door het duale stelsel in de Whc wordt beoogd de doorkruising van rechtsgebieden te voorkomen. De civiele rechter toetst namelijk privaatrechtelijke regels uit onderdeel a van de bijlage bij de Whc en de bestuursrechter toetst de administratieve regels uit onderdeel b.^{44, 45}

Gezien het feit dat de autoriteit op basis van artikel 3:305d BW de bijzondere verzoekschriftprocedure voorhanden heeft, ligt gebruikmaking van de collectieve actie van artikel 3:305b BW minder voor de hand. Een verzoekschriftprocedure is over het algemeen sneller en doelmatiger dan een 'gewone dagvaardingsprocedure', aldus de Memorie van Toelichting.⁴⁶

Massaschadeactie

Een derde bevoegdheid is de massaschadeactie (art. 2.6 Whc). De Consumentenautoriteit kan de rechter verzoeken om een overeenkomst ter afwikkeling

⁴¹ Denk hierbij aan een overeenkomst tussen een consument en een professionele partij, waarbij de laatste (mis)gebruik maakt van een onredelijk beding in zijn algemene voorwaarden ex art. 6:236 BW. De individuele consument zal hier beperkt nadeel van ondervinden, maar de schade die hier in zijn totaliteit uit voort kan vloeien kan aanzienlijk zijn. Immers, de algemene voorwaarden hanteert een bedrijf bij iedere gesloten overeenkomst.

⁴² HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393.

⁴³ M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 125.

⁴⁴ Informatie verschaft door L.B. Melcherts, advocaat/ senior medewerker Juridische Dienst bij de Consumentenautoriteit.

⁴⁵ S.E. Zijlstra, 'De wet handhaving consumentenbescherming: wel een andere overheid, maar een iets minder bruikbare rechtsorde', *NTB* 2006-9, p. 314.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 33-34.

van een massaschade verbindend te verklaren. Hierbij wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de Wet collectieve afwikkeling massaschade.⁴⁷ Ook hier zal de Consumentenautoriteit terughoudend mee om moeten gaan, want ook hier geldt weer: de markt zelf heeft altijd het voortouw. De Consumentenautoriteit zou anders partij worden bij een civiele vaststellingsovereenkomst en dat is slechts bij uitzondering wenselijk.⁴⁸

Bij de bijzondere verzoekschriftprocedure wil ik nog een meer algemene kanttekening plaatsen. Het uitgangspunt van verordening 2006/2004 en van de Whc is dat de Consumentenautoriteit op de achtergrond moet opereren. Er wordt pas ingegrepen met handhaving bij inbreuken met een collectief karakter op het consumentenrecht, daar waar de markt zelf niet voldoende in staat is door middel van zelfregulering of civiele procedures schadelijke praktijken te stoppen. Het is echter de Consumentenautoriteit die een dergelijk sterk handhavingsmiddel als de bijzondere verzoekschriftprocedure heeft gekregen. Wat voor effect zal dat hebben op de private belangenbehartigers, zoals de Consumentenbond? Het gevaar bestaat dat zij – sterk uitgedrukt – alles aan de autoriteit overlaten en bijvoorbeeld voortaan alleen nog maar folders verstrekken. Dit zou het uitgangspunt van de autoriteit ondermijnen. Het gaat tenslotte om de bevordering van eerlijke handel tussen consumenten en bedrijven. Hoewel hierbij een rol voor de overheid is weggelegd,⁴⁹ zou deze rol idealiter zo klein mogelijk moeten blijven, omdat in beginsel de markt zelf het voortouw heeft. Juist omdat de autoriteit in een veld opereert waar ook allerlei private initiatieven actief zijn, dient de toezichthouder zijn activiteiten en middelen daarop af stemmen, zo meent ook de regering.⁵⁰

Publiekrechtelijke handhaving

Ten aanzien van de bepalingen uit de Colportagewet, de Prijzenwet en enkele bepalingen uit het BW waarvan overtreding makkelijk is van te stellen (art. 8.2-8.7 Whc) heeft de Consumentenautoriteit bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Kort gezegd zijn dit het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een bestuurlijke boete, ingevolge artikel 2.9 Whc. Waarbij de last onder dwangsom gezien kan worden als preventieve last, die wordt toegepast indien het gevaar voor overtreding ‘klaarblijkelijk’ dreigt, aldus artikel 2.16 lid 3 Whc (jo. art. 5:32 Awb). De bestuurlijke boete impliceert een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom voor de overtreder en bedraagt maximaal € 67.000 (art. 2.15 Whc jo. art. 23 WvS).

Er bestaat echter ook een alternatief voor het doorlopen van het gehele traject. Een toezichthouder kan op grond van artikel 4 lid 6 sub e van verordening 2006/2004 van de overtreder een toezegging verlangen dat de inbreuk wordt

⁴⁷ *Stb.* 2005/340.

⁴⁸ Ammerlaan & Janssen 2006-5, p. 143 (zie noot 4).

⁴⁹ Vanwege het gesignaleerde nalevingstekort.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 25.

gestaakt en die toezegging vervolgens openbaar maken. Deze bepaling betreft alleen intracommunautaire inbreuken. De Consumentenautoriteit kan op grond van artikel 2.23 lid 1 Whc de toezegging van de overtreder dat de inbreuk zal worden gestaakt, openbaar maken. Deze bevoegdheid is beperkt tot de bestuursrechtelijk te handhaven regels, maar geldt wel voor nationale en intracommunautaire inbreuken.^{51, 52} Met een toezegging kan de Consumentenautoriteit voorkomen dat de gang naar de rechter moet worden gemaakt of een boete of een last moet worden opgelegd. Een voordeel hiervan is dat bij minder ernstige inbreuken een toezegging vaak effectiever en proportioneler zal zijn dan de inzet van de verdergaande handhavingbevoegdheden.⁵³ De vraag is echter wat die toezegging van de overtreder waard is. Stel dat er een intracommunautaire inbreuk is gemaakt door een buitenlandse ondernemer, hoe gaat die toezegging van een buitenlandse ondernemer gehandhaafd worden? In Engeland is een toezegging (undertaking) rechtsgeldig en kan naleving ervan worden afgedwongen bij de rechter.⁵⁴ Is een toezegging op grond van de Whc ook afdwingbaar? Dit is vooralsnog niet duidelijk geregeld in de Whc. De privaatrechtelijke toezegging is in zijn geheel nog niet in de Whc geformuleerd. Het zou een soort vaststellingsovereenkomst kunnen zijn en deze zou in principe afdwingbaar moeten zijn, hetzij op basis van de Whc, hetzij op basis van het BW. De toekomst zal dit nog moeten gaan uitwijzen.⁵⁵ Ik ben van mening dat het mogelijk moet zijn dat een toezegging omtrent de bepalingen uit zowel onderdeel a als onderdeel b van de bijlage bij de Whc, kan worden afgedwongen bij de rechter. Op die manier kunnen alle bepalingen effectief worden gehandhaafd en niet slechts de bepalingen die vallen onder onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Hiermee kan het -naar mijn idee zinvolle- alternatieve toezeggingsinstrument volledig worden benut. Een andere vraag is wat de overeenkomst is met het overlegvereiste van de 'collectieve actie'-artikelen (art. 3:305a-3:305d BW jo. 2.5 Whc). Het overlegvereiste van artikel 2.5 lid 2 Whc jo. 3:305d BW betreft zowel de nationale als de intracommunautaire inbreuken.⁵⁶ De verplichting tot het voeren van overleg, neergelegd in artikel 3:305b jo. 3:305a BW, heeft slechts betrekking op nationale inbreuken. Het BW is in die zin nationale wetgeving en dat geldt alleen voor Nederland.

⁵¹ Art. 1.1 sub k Whc: 'overtreding: een inbreuk of intracommunautaire inbreuk.'

⁵² Heldeweg 2006, p. 158 (zie noot 26).

⁵³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 37.

⁵⁴ Zie hierover meer in par. 4.2 van deze bijdrage.

⁵⁵ Informatie verschaft door L.B. Melcherts, advocaat/ senior medewerker Juridische Dienst bij de Consumentenautoriteit.

⁵⁶ Art. 1.1 sub k Whc: 'Overtreding: een inbreuk of intracommunautaire inbreuk.'

3.4 Ter vergelijking: bescherming van consumentenbelangen in het Verenigd Koninkrijk

3.4.1 *The Office of Fair Trading*

De Consumentenautoriteit staat nog in de kinderschoenen. Daarom is het goed, ondanks enkele verschillen die in par. 4.2 aan de orde komen, een vergelijking te maken met het Verenigd Koninkrijk waar al meer dan 30 jaar op een effectieve wijze wordt samengewerkt tussen de verschillende toezichthouders. Nederland en de Consumentenautoriteit kunnen hier mijn inziens veel van leren.

Reeds sinds 1 oktober 1971 bestaat er in het Verenigd Koninkrijk een nationale consumentenautoriteit: de *Office of Fair Trading (OFT)*. De *OFT* houdt zich bezig met toezicht op en naleving van de Britse consumenten- én mededingingswetgeving. De *OFT* ziet toe op de naleving van onder andere wetgeving omtrent oneerlijke voorwaarden in consumentencontracten en wetgeving omtrent misleidende reclame en eerlijke handel. Dit betreft even als in Nederland slechts de collectieve consumentenbelangen.⁵⁷

Bij dit toezicht houdt de *OFT* drie hoofdactiviteiten aan: het toezien op de naleving van de Britse Mededingingswet, het handhaven van een groot aantal wettelijke bepalingen inzake consumentenbescherming en het verrichten van marktstudies.

Daarnaast moedigt de *OFT* bedrijven aan zich te houden aan de regelgeving, zodat er een grote mate van zelfregulering kan bestaan. Aan zowel bedrijven als consumenten wordt er voorlichting gegeven om beide partijen bewust te maken van hun rechten en plichten.

Dit moet leiden tot verwezenlijking van de primaire doelstelling van de *OFT*, namelijk het goed laten functioneren van markten voor consumenten. In individuele gevallen (waarin de *OFT* zelf niet bevoegd is), verwijst de *OFT* door naar de instanties die de consument wel kunnen helpen.⁵⁸

Niet alleen de *OFT* ziet toe op de consumentenbelangen. Er zijn ook lokale adviesbureaus, de *Trading Standards Service*, en consumentenorganisaties die opkomen voor de collectieve consumentenbelangen. De *Enterprise Act 2002*⁵⁹ regelt welke instanties bevoegd zijn inzake de handhaving van collectieve consumentenbelangen. Section 213 in afdeling 8 van de *Enterprise Act 2002* bepaalt dat er drie verschillende handhavers moeten worden onderscheiden. Ten eerste de *general enforcers*, zoals de *OFT* en *Trading Standards Service* in Groot-Brittannië en de *Department of Enterprise, Trade and Investment* in

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 13.

⁵⁸ *OFT, About the Office of Fair Trading*, <www.oft.gov.uk/about/>.

⁵⁹ *Enterprise Act 2002*, <www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/>.

Northern Ireland (lid 1). Zij mogen bij alle mogelijke inbreuken handhavend optreden (mits een handeling collectieve consumentenbelangen schaadt of dreigt te schaden). Ten tweede de *designated enforcers by the Secretary of State* (lid 2). Dit zijn speciaal benoemde toezichthouders, waaronder alle private en publieke organisaties vallen. Zij mogen slechts een inbreuk aanpakken indien zij hiervoor een speciale bevoegdheid van de minister hebben gekregen. Ten derde de *community enforcers* (lid 5). Dit zijn toezichthouders die zich bezighouden met grensoverschrijdende inbreuken op het gemeenschapsrecht.⁶⁰

3.4.1.1 Super-complaint

Indien er door een van de lokale adviesbureaus of consumentenorganisaties een inbreuk wordt signaleerd, of ze van mening zijn dat er een grote inbreuk zal worden gemaakt door een bedrijf, dan kan er een zogenaamde ‘*super-complaint*’ worden ingediend bij de meest betrokken toezichthouder. Ingevolge artikel 51 sub a *Enterprise Act 2002* is een *super-complaint*:

‘a complaint submitted by a designated consumer body that any feature, or combination of features, of a market in the UK for goods or services is or appears to be significantly harming the interests of consumers’.

De indiener moet wel een speciale bevoegdheid hebben gekregen. Dat is terug te vinden in de zinsnede ‘*designated consumer body*’. Toepassing van een *super-complaint* heeft een belangrijk doel, namelijk inbreuken op collectieve consumentenbelangen op een snelle manier onder de aandacht van de *OFT* en overige toezichthouders brengen.⁶¹

De indiener van een *super-complaint* moet eerst uitzoeken of er een andere manier bestaat om het probleem op te lossen. Is die er niet dan staat de mogelijkheid van een *super-complaint* open. Het spreekt voor zich dat sectorspecifieke klachten naar de sectorale toezichthouder moeten worden gestuurd. De *OFT* fungeert hier als ‘overige’ toezichthouder. Mogelijke acties als gevolg van een *super-complaint* zijn onder andere een handhavingsactie door de toezichthouder, een marktonderzoek, verwijzing naar een andere toezichthouder of de conclusie dat een klacht ongegrond is.⁶²

⁶⁰ OFT, *Enterprise Act 2002, Enforcement of consumer protection legislation*, London 2003, p. 5, <www.oft.gov.uk>.

⁶¹ OFT, *Super-complaints, Guidance for designated consumer bodies*, London 2003, p. 4, <www.oft.gov.uk>.

⁶² OFT, *Super-complaints, Guidance for designated consumer bodies*, London 2003, p. 5-9, <www.oft.gov.uk>.

3.4.1.2 Enforcement order

Een ‘enforcement order’ is een handhavingsbevel. De eerdergenoemde handhavers mogen op basis van afdeling 8 van de *Enterprise Act 2002* een verzoek indienen bij de rechter, inhoudende dat de rechter een bedrijf gebiedt te stoppen met het maken van de inbreuk. Er worden twee soorten inbreuken onderscheiden, de inbreuk op het nationale recht en de inbreuk op het gemeenschapsrecht, aldus section 211 en 212 van de *Enterprise Act 2002*.⁶³ De rol die de *OFT* op basis van afdeling 8 heeft toebedeeld gekregen, is die van hoofdhandhaver. Zij is er verantwoordelijk voor dat er bij elk soort inbreuk actie wordt ondernomen door een handhaver die in de gegeven situatie het meest geschikt is. Daarbij is de *OFT* verantwoordelijk voor de coördinatie van de aanvragen van handhavingsbevelen.

Alvorens er een aanvraag voor een handhavingsbevel mag worden gedaan, moet de bevoegde instantie eerst de *OFT* hierover inlichten. De *OFT* zal bekijken of er daadwerkelijk actie moet worden ondernomen. De bevoegde instantie moet wel eerst overleggen met de overtreder, waarbij getracht zal worden een verklaring van de overtreder te bemachtigen waarin hij belooft geen inbreuken op de consumentenbeschermende bepalingen meer te maken. Dit wordt een ‘undertaking’ genoemd.⁶⁴

3.4.2 Verschillen tussen de *Office of Fair Trading* en de Consumentenautoriteit

Wat de vergelijking tussen de *OFT* en de Consumentenautoriteit bemoeilijkt, is het feit dat de *OFT* zowel de consumenten- als mededingingsautoriteit is. De *OFT* houdt dus niet alleen toezicht op de collectieve consumentenbelangen, maar zij houdt ook toezicht op mededingingszaken. Dit behoort, zoals gezegd, in Nederland niet tot de verantwoordelijkheid van de Consumentenautoriteit, maar valt onder de verantwoordelijkheid van de NMa. De NMa houdt toezicht op de naleving van de mededingings-, energie- en vervoerswetten. De Mededingingswet verbiedt kartels, zoals prijsafspraken tussen ondernemingen en misbruik van economische machtsposities. Ook moeten bepaalde fusies en overnames tevoren aan de NMa worden gemeld.⁶⁵ Het reikt voor deze bijdrage te ver om in te gaan op de specifieke werkwijze van de NMa, maar het zal duidelijk zijn dat er hierdoor een groot verschil bestaat tussen de gebieden waar de *OFT* en de Consumentenautoriteit toezicht op houden. Dit betekent onder meer dat er een aanmerkelijk verschil bestaat tussen de bezetting van beide toezichthouders. De *OFT* heeft een staf van ruim 700 werkne-

⁶³ *OFT, Enterprise Act 2002, Enforcement of consumer protection legislation*, London 2003, p. 4, <www.offt.gov.uk>.

⁶⁴ *OFT, Enterprise Act 2002, Enforcement of consumer protection legislation*, London 2003, p. 5-25, <www.offt.gov.uk>.

⁶⁵ Nederlandse Mededingingsautoriteit, <www.nmanet.nl>.

mers.⁶⁶ De Consumentenautoriteit moet het met beduidend minder mankracht stellen, namelijk 30 fte.⁶⁷ Dit staat in geen verhouding tot de *OFT*. Het kostenplaatje dat aan beide toezichthouders vastzit, is een ander verschil dat mede voortvloeit uit het verschil in personeelssterkte, maar bijvoorbeeld ook voortkomt uit de werkzaamheden die beide toezichthouders verrichten. Een belangrijke activiteit van de *OFT* is onder meer het uitvoeren van marktstudies. Hier zijn, afhankelijk van de omvang van de studie, behoorlijke kosten mee gemoeid. In het *Annual Plan 2007-8*⁶⁸ geeft de *OFT* aan dat de totale geplande uitgaven voor 2007 ongeveer £ 75 miljoen zullen bedragen. Deze kosten zullen worden gemaakt bij de uitoefening van de hoofdactiviteiten en door het informatieloket *Consumer Direct*. Marktstudies behoren vooralsnog niet tot de hoofdactiviteiten van de Consumentenautoriteit. Wellicht zal dit in de toekomst veranderen.^{69, 70}

3.4.3 Wat kan de Consumentenautoriteit leren van de *Office of Fair Trading*?

De Consumentenautoriteit kan naar mijn idee twee dingen van de *OFT* leren. Om te beginnen het aspect van het verkrijgen van informatie. De *OFT* heeft als een van de drie hoofdtaken het verrichten van marktstudies. De *OFT* doet actief, op eigen initiatief, onderzoek naar markten en publiceert vervolgens de resultaten van die onderzoeken. Dit heeft een preventieve werking. Deze studies worden uitgevoerd op die gebieden waar er twijfels bestaan over het goed functioneren van een betreffende markt voor de consument, maar waarbij direct ingrijpen een te sterk middel is op dat moment. Deze marktstudies omvatten het onderzoeken van markten, handelspraktijken en regelgeving. Op die manier wordt geprobeerd een zo goed mogelijk beeld van de verschillende markten te krijgen. Een marktstudie kan reden geven tot nader onderzoek of het ondernemen van een handhavingsactie.⁷¹

Het gevaar bestaat namelijk dat de Consumentenautoriteit te veel leunt op de informatie die zij binnenkrijgt via de consumenten. De Consuwijzer is wel een goed en nuttig initiatief, maar de Consumentenautoriteit is hierbij afhankelijk van hetgeen de consumenten aan klachten aandragen. Een consument zal een

⁶⁶ *OFT, Working for us*, <www.oft.gov.uk/about/careers/working/>.

⁶⁷ Consumentenautoriteit, *Organogram van de Consumentenautoriteit*, <www.consumentenautoriteit.nl>.

⁶⁸ *OFT, Annual plan 2007-08, a consultation document December 2006*, p. 26, <www.oft.gov.uk>.

⁶⁹ Sinds het korte bestaan heeft de Consumentenautoriteit slechts één onderzoek gedaan. Het betrof de informatievoorziening door webwinkels. Raadpleeg hiervoor: 'Facsheet informatieverplichting webwinkels' op <www.consumentenautoriteit.nl>.

⁷⁰ In de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 20) wordt aangegeven dat de Consumentenautoriteit volledig uit publieke middelen wordt gefinancierd. Voor 2007 is een bedrag van € 5,0 miljoen is begroot.

⁷¹ *OFT, Market studies*, <www.oft.gov.uk>.

inbreuk pas melden, indien hij hier zelf mee wordt geconfronteerd. Daarbij hebben consumenten niet altijd door dat er een inbreuk wordt gemaakt op hun rechten. Inbreuken kunnen sneller en in een vroeger stadium ontdekt worden, indien daar actief door de Consumentenautoriteit zelf onderzoek naar wordt gedaan.

De Consumentenautoriteit kan ten tweede iets van de *OFT* leren met betrekking tot de toepassing van het toezeggings-instrument. Een undertaking, de belofte van de overtreder dat hij zal stoppen met het maken van de inbreuk, is in Engeland rechtsgeldig en naleving ervan kan bij de rechter worden afgedwongen.⁷² De Memorie van Toelichting⁷³ spreekt slechts over de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit tot openbaarmaking van de toezegging. Dit zal in de meeste gevallen in combinatie zijn met de openbaarmaking van een beschikking inhoudende dat voor de overtreder geen last onder dwangsom en/ of bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Door die openbaarmaking wordt de toezegging voor de gedupeerde consumenten transparant. Wat er echter voor actie kan worden ondernomen in het geval de overtreder de toezegging niet naleeft, is vooralsnog onduidelijk. Naar mijn idee zou het nuttig zijn als, net als in Engeland, aan de toezegging rechtsgevolgen worden verbonden en naleving ervan bij de rechter kan worden afgedwongen.

3.5 Privaatrechtelijke handhaving door de overheid wenselijk?

3.5.1 *Het 'gevaar' van publicisering*

Nederland heeft op het gebied van het consumentenrecht een traditie van zelf-regulering. Instituten als de Stichting Reclame Code en de Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken hebben hierbij een belangrijke rol.⁷⁴ Een goed functionerende markt vereist in principe helemaal geen overheids-ingrijpen. De markt is echter altijd imperfect. Als gevolg daarvan zal de overheid dus wel moeten ingrijpen, omdat anders de consumenten, maar zeker ook de bonafide ondernemers, nadeel zullen blijven ondervinden van de inbreuken op hun rechten. Indien de markt faalt om collectieve schendingen doeltreffend aan te pakken, moet de overheid wel beschikken over voldoende middelen om de bescherming aan te vullen.⁷⁵

Hoewel er officieel sprake is van een duaal stelsel, dat voortvloeit uit een duidelijk gemaakte keuze van de overheid om zoveel mogelijk het privaatrechtelijke stelsel te behouden, zijn er toch al enkele bepalingen uit het BW opge-

⁷² *OFT, Enterprise Act 2002, Enforcement of consumer protection legislation*, London 2003, p. 20-23, <www.oft.gov.uk>.

⁷³ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 411, nr. 3, p. 37.

⁷⁴ Ministerie van Justitie, *adviesaanvraag over Groenboek herziening van het consumentenacquis 2007*, p. 4, <www.ser.nl>.

⁷⁵ Heldeweg 2006, p. 150 (zie noot 26).

nomen in de Whc die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.⁷⁶ Hier is natuurlijk nog niet mee aangetoond dat het hek van de dam is, maar dit zijn wel aanwijzingen dat er een ‘gevaar voor publicisering’ dreigt. Publicisering⁷⁷ is de tegenhanger van privatisering. Het houdt zoveel in als de publiekrechtelijke regeling van privaatrechtelijke verhoudingen. Met de Whc heeft de regering de bestaande private borging van het consumentenrecht aangevuld met een systeem van publieke borging.⁷⁸

Waar naar mijn idee voor gewaakt moet worden, is dat de aanvulling niet een gehele overname wordt van het privaatrechtelijke bestel door het bestuursrecht. Er is immers vooralsnog gekozen voor het duale stelsel, maar het alternatief van een volledige bestuursrechtelijke consumentenregeling is in de Memorie van Toelichting⁷⁹ al voorgesteld. Zowel het toezicht als de handhaving van de collectieve consumentenbelangen zouden in het alternatieve model in één hand komen, de bestuursrechtelijke hand. De manier waarop dit alternatieve model van volledige (collectieve) bestuursrechtelijke handhaving gerealiseerd zou moeten worden, is opmerkelijk. In plaats van het huidige systeem, waarin de bescherming van de collectieve consumentenbelangen door de Consumentenautoriteit zowel via privaatrechtelijke als via bestuursrechtelijke weg plaatsvindt, is in de Tweede Kamer bepleit om een ‘éénpijlerbescherming’⁸⁰ van het consumentenrecht in te voeren door het ‘simpelweg’ kopiëren van de BW-regels in een bestuursrechtelijke wet.^{81, 82} Er bestaan twee overtuigende redenen op basis waarvan dit alternatieve model niet is opgevolgd. De eerste is dat het bestaande Nederlandse stelsel van handhaving van consumentenbescherming overwegend privaatrechtelijk is. De door de consumententoezichthouder te handhaven richtlijnen betreffen voornamelijk privaatrecht en zijn in het BW geïmplementeerd. Ten tweede is het weinig efficiënt als de bestuursrechter tot hoofdtaak zou krijgen het uitleggen en toepassen van privaatrechtelijke begrippen en beginselen. Er zou in het beste geval een tweedeling in de handhaving ontstaan, omdat de civiele rechter bevoegd blijft over geschillen te beslissen die een individuele consument aan hem voorlegt.⁸³ En in het slechtste geval zouden beide rechters sterk uiteenlopende toepassing geven aan het BW.

⁷⁶ Art. 8.2- 8.7 Whc.

⁷⁷ P. de Haan, *‘Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht’*, Amsterdam: KNAW 1999, p. 8.

⁷⁸ Heldeweg 2006, p. 153 (zie noot 26).

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30.

⁸⁰ Hiermee bedoel ik: de bescherming van collectieve consumentenbelangen door middel van het bestuursrecht in plaats van door middel van het bestuurs- en privaatrecht.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30.

⁸² Een voorbeeld om dit te verduidelijken: De regels met betrekking tot algemene voorwaarden, Art.en 6:231-6:247 BW, zouden kunnen worden overgenomen in de Awb en aan de administratieve rechter ter beoordeling kunnen worden voorgelegd. Dit is echter vooralsnog hypothetisch.

⁸³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30.

Het wordt door het parlement echter wel denkbaar geacht dat indien er na vier jaar uit de evaluatie⁸⁴ blijkt dat er meer nadelen zijn verbonden aan het duale handhavingssysteem dan aan een volledig bestuursrechtelijk systeem, het duale stelsel zal worden heroverwogen.⁸⁵ Mijns inziens blijkt uit deze overweging dat er in de Tweede Kamer weinig vertrouwen bestaat in het duale stelsel.⁸⁶ Het zal daarom in dit huidige systeem van belang zijn dat er wel wederzijds vertrouwen bestaat tussen de Consumentenautoriteit en de private partijen. Dat wil zeggen, het vertrouwen dat de Consumentenautoriteit zich kan ontwikkelen als betrouwbare en volwaardige partner.⁸⁷ En het vertrouwen van de private instellingen dat de Consumentenautoriteit ruimte zal laten voor zelfregulering. Indien dit wederzijds vertrouwen er niet is, is het goed mogelijk dat de Consumentenautoriteit meer en meer op de voorgrond gaat treden door sneller en vaker eenzijdig in te grijpen. Hierdoor zal publicisering van het collectieve consumentenrecht niet slechts een dreiging blijven, maar mogelijk werkelijkheid worden.⁸⁸

3.5.2 Fundamentele verschillen tussen het publiek- en het privaatrecht

Het hierboven geschetste geeft twijfels over de toekomst van de private handhaving. Nu kan worden toegegeven (zie ook de discussie in de Tweede Kamer)⁸⁹ dat het huidige duale stelsel een opmerkelijk stelsel is en misschien ook niet het meest ideale systeem is, maar in feite is dit een inherente eigenschap van alle onderdelen van het overheidsprivaatrecht.^{90, 91}

Het publiek- en privaatrecht hebben elk een andere wetsgeschiedenis, een andere cultuur en achtergrond en in het overheidsprivaatrecht komen deze twee werelden al botsend samen. Het publiekrecht regelt immers de verhouding tussen individuen en de (organisatie van de) gemeenschap. Bij het privaatrecht betreft het de verhouding tussen individuen onderling. Hier vloeit het tweede verschil uit voort, namelijk dat bij het publiekrecht het algemeen belang centraal staat en bij het privaatrecht het individueel belang. Het derde

⁸⁴ Art. 10.2 Whc.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 57.

⁸⁶ Het duale stelsel ziet echter slechts op de collectieve handhaving door de Consumentenautoriteit.

⁸⁷ L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeester, Markt toezicht in constitutioneel perspectief', in: *Toezicht* (Handelingen NJV, 2005-I), Deventer: Kluwer 2005, p. 236 e.v.

⁸⁸ Heldeweg 2006, p. 160 (zie noot 26).

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 57.

⁹⁰ Met het begrip 'overheidsprivaatrecht' wordt bedoeld op de bijzondere regels die gelden ten aanzien van de overheid in het privaatrecht. Het overheidsprivaatrecht betreft de onderlinge verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht.

⁹¹ J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Monografieën Nieuw BWA-26, Overheidsprivaatrecht*: Deventer, Kluwer 2001, p. 1-13; P.B. Cliteur, *Inleiding in het recht*, Deventer: Kluwer 2000, hoofdstuk 4.

verschil heeft betrekking op de handhaving van de rechtsregels. Bij het publiekrecht ligt het initiatief tot het beginnen van een proces bij de overheid, bij het privaatrecht ligt dit initiatief bij de burger. De middelen die de overheid en de burger tot hun beschikking hebben bij het handhaven van de regels behelst het vierde verschil. De overheid kan (politie)dwang uitoefenen (bestuurlijke boete, last onder dwangsom) en de burger heeft de mogelijkheid verschillende procedures te beginnen (dagvaardingsprocedure, verzoekschriftprocedure). Het vijfde verschil is dat publiekrechtelijke bevoegdheden altijd worden gegeven met een bepaald doel. De privaatrechtelijke subjectieve rechten mogen in beginsel worden gebruikt voor ieder geoorloofd doel.⁹²

Uit deze verschillen valt op te maken dat de twee systemen van oorsprong een andere rechtsstructuur, andere processen, cultuur en identiteit⁹³ hebben. Bestuursrecht en privaatrecht zijn onderscheiden en naast elkaar staande rechtsgebieden. De regels die voor het ene rechtsgebied gelden, zijn niet vanzelfsprekend ook van toepassing op het andere gebied. Scheltema en Scheltema verwoorden dit als volgt:⁹⁴

‘(...) privaatrecht is ontwikkeld voor privaatrechtelijke verhoudingen, en bestuursrecht voor de verhouding tussen overheid en burger. Daarmee wordt een heldere en eenduidige systematiek verkregen. Die is nodig, omdat het recht anders onduidelijk en onvoorspelbaar blijft. Wanneer men in wetgeving, jurisprudentie of dogmatiek dan weer het ene uitgangspunt hanteert, en dan weer eens het andere, is het gevaar voor willekeurige toepassing van regels groot.’

De overheid neemt per definitie een andere positie in dan de burger. De Consumentenautoriteit heeft een identiteit die gestoeld is op het publiekrecht. Een dergelijk publiek instituut moet op een integere en transparante manier werken met het privaatrecht. Wat te denken van de verhouding tussen enerzijds de redelijkheid en billijkheid uit het BW⁹⁵ en anderzijds de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit het publiekrecht? In privaatrechtelijke verhoudingen zouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het optreden van de overheid, in dit geval de Consumentenautoriteit, moeten normeren. Kunnen met de toepassing van de redelijkheid en billijkheid uit het BW dezelfde resultaten worden bereikt als met de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur?⁹⁶ Hierover bestaan verschillende opvattingen

⁹² Van der Does en Snijders 2001, p. 1-13 (zie noot 91); Cliteur 2000, hoofdstuk 4 (zie noot 91).

⁹³ Vgl. C.J. Zwart, *De strategie van de hoop*, Alphen a/d Rijn, Haasbeek, 1995, p.160-165.

⁹⁴ M.W. Scheltema en M. Scheltema 2003, p. 6 (zie noot 43).

⁹⁵ Vgl. art. 3:12, 6:2, 6:248 BW.

⁹⁶ A.A. van Rossum, ‘Contracteren met de overheid. Wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?’, *Contracteren* 2005-4, p. 92.

gen.⁹⁷ Feit blijft in ieder geval dat er een onderscheid bestaat tussen publiek- en privaatrecht, waardoor er in beginsel een ongelijke situatie bestaat tussen de vermeende inbreukmakers en de Consumentenautoriteit. De autoriteit houdt publiekrechtelijk toezicht en heeft daartoe vergaande bevoegdheden op basis van de Awb.⁹⁸ Daarnaast (of beter gezegd daarna) mag de Consumentenautoriteit de gegevens die op die manier zijn verkregen, inbrengen in het civiele proces.⁹⁹ Deze gegevens zijn verkregen door middel van een (bestuursrechtelijke) bevoegdheid die een burger niet tot zijn beschikking heeft.¹⁰⁰ Dit kan voorafgaand aan het civiele proces rechtsongelijkheid in de hand werken, terwijl het kenmerk van een civiel proces juist 'equality of arms' is. Consumentenbescherming mag niet geheel ten koste gaan van de rechtsbescherming van bedrijven. Het doel heiligt niet altijd de middelen.

3.6 Rechtsbescherming bij de administratieve en civiele rechter

In beginsel lijkt het niet zinvol om in deze bijdrage het verschil tussen rechtsbescherming die wordt genoten bij de civiele rechter en de bestuursrechter te bespreken. In de Whc is immers een duidelijke indeling gemaakt tussen de bepalingen waarover de civiele rechter mag beslissen en de bepalingen waar de bestuursrechter een oordeel over mag geven.¹⁰¹ Een keuze tussen beide procedures is derhalve uitgesloten.

Een dergelijke vergelijking is echter toch zinvol. Als gezegd,¹⁰² is de handhaving verdeeld in een publiekrechtelijk deel (onderdeel b) en een privaatrechtelijk deel (onderdeel a). In onderdeel b van de bijlage bij de Whc zijn enkele bepalingen uit het BW¹⁰³ opgenomen. Dit is opmerkelijk, omdat dit privaatrechtelijke bepalingen zijn, waarover in beginsel bij de civiele rechter moet worden geprocedeerd. Door plaatsing van deze bepalingen in onderdeel b van de bijlage is de bestuursrechter in deze zaken bevoegd een oordeel te geven. Dit betekent dat de bestuursrechter in die gevallen privaatrechtelijke begrip-

⁹⁷ F.J. van Ommeren, Hoofdstuk XIV Overheid en burgerlijk recht, par. 3.5.7., in: Praktijkboek Bestuursrecht, Deventer: Kluwer (losbl.); J.B.M. Vranken, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 27.

⁹⁸ Zie par. 3.2.1 van deze bijdrage.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 34.

¹⁰⁰ Voorbeeld: de Consumentenautoriteit kan alle gegevens van een bedrijf, waarbij het vermoeden bestaat dat deze op een misleidende manier consumenten geld afhandig maakt, opvragen bij de provider. De provider is verplicht deze (geheime) gegevens vrij te geven. Door middel van het natrekken van emailverkeer kan de autoriteit dan het inbreukmakende bedrijf achterhalen en ook de gedupeerde geadresseerden van de misleidende emails. Deze emails kunnen dan dienen als bewijs. Op die manier verzamelt de autoriteit bewijzen op een manier die voor de gewone burger niet toegankelijk is.

¹⁰¹ Respectievelijk onderdeel a en b van de bijlage bij de Whc (art. 2.2, 2.5 lid 1 en 2.7 Whc).

¹⁰² Zie par. 3.2.2 van deze bijdrage.

¹⁰³ Vergelijk art. 8.2-8.7 Whc.

pen en beginselen zal moeten gaan uitleggen. Dit werd in de Memorie van Toelichting¹⁰⁴ onwenselijk geacht. Er is getracht dit te omzeilen door slechts enkele leden van een artikel aan onderdeel b toe te delen en de rest aan het oordeel van de civiele rechter over te laten.^{105, 106} Een bestuursrechter ontkomt er dan toch niet aan ook de rest van de privaatrechtelijke bepaling uit te leggen.¹⁰⁷ De vraag is nu of op basis van de Whc de handhaving door de bestuursrechter van de bepalingen uit het BW minder rechtbescherming biedt aan de bedrijven, dan wanneer deze door de civiele rechter zouden worden gehandhaafd. Indien deze vraag bevestigend zou worden beantwoord, zou men kunnen concluderen dat de indeling van onderdeel a en b van de bijlage bij de Whc ongelukkig is en dus wellicht beter gewijzigd kan worden. In onderstaande tabel komen twee verschillen naar boven. Het eerste verschil betreft de kosten. Deze zijn in een civiele procedure hoger. Ten tweede bestaat er een verschil in de termijn waarbinnen er door de rechter uitspraak moet worden gedaan. Deze termijn beslist de civiele rechter bij gewone dagvaardings- en verzoekschriftprocedures zelf. In de bijzondere verzoekschriftprocedure moet de rechter ‘onverwijld’ uitspraak doen. Het is echter (nog) niet duidelijk gedefinieerd wat die termijn inhoudt. De bestuursrechter daarentegen is gebonden aan een termijn van zes weken. Deze termijn biedt de gedaagde meer zekerheid. Op basis van deze verschillen die naar voren komen in onderstaande tabel, concludeer ik dat de indeling van onderdeel a en b geen onoverkomelijke nadelige gevolgen voor de rechtsbescherming van bedrijven met zich meebrengt. De handhaving door de Consumentenautoriteit is ten opzichte van de belangen van de vermeende ‘inbreukmakers’ niet onevenwichtig of onproportioneel.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30: ‘(...) omdat dit de bestuursrechter voor de taak zou stellen privaatrechtelijke begrippen en beginselen uit te leggen. De regering acht dit niet wenselijk; hierdoor zou een tweedeling in de handhaving ontstaan omdat ook de civiele rechter bevoegd blijft de regels voor consumentenbescherming te handhaven indien individuele consumenten daar om vragen.’

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 17: ‘De bepalingen (...) die voldoende duidelijk zijn en een concreet verbod respectievelijk gebod bevatten (...) ook daadwerkelijk bestuursrechtelijk doen handhaven in plaats van privaatrechtelijk.’

¹⁰⁶ Vgl. Art. 8.2- 8.7 Whc.

¹⁰⁷ Ter verduidelijking: doordat Art. 6:236 BW (‘zwarte lijst’) bij onderdeel b van de bijlage bij de Whc is ondergebracht, betekent dat het onvermijdelijk is dat de bestuursrechter een privaatrechtelijk begrip als ‘een kernbeding’ uit moet gaan leggen. Art. 6:231-235 en 6:237-247 BW worden wel door de civiele rechter uitgelegd. Hierdoor is het mogelijk dat beide rechters een uiteenlopende toepassing aan begrippen uit het BW, zoals aan het begrip ‘kernbeding’ geven.

	Bestuursrechter	Civiele rechter	
		Dagvaardingsprocedure	(bijzondere) Verzoekschriftprocedure
- Voortraject	1) Bezwaarschrift-procedure (1:5 lid 1 Awb) en/of 2) Administratief beroep (1:5 lid 1) Zes weken (7:10 Awb)	▪ Vooroverleg (3:305b BW)	▪ Vooroverleg (3:305d BW jo. 2.5 lid 2 Whc)
- Termijn	3) Zestien weken (7:24 lid 1 Awb) of zes weken (7:24 lid 2 Awb)	▪ Minimaal twee weken tussen vooroverleg en dagvaarding (3:305a lid 2 jo. 3:305b BW)	▪ twee weken (2.5 lid 2 Whc jo. 3:305a lid 2 BW)
Toegang tot de rechter	112 GW, 8:1 Awb	112 GW, 3:296 BW	112 GW, 3:296 BW
Proces-vertegenw.	Niet verplicht (8:24 Awb)	Verplicht (79 Rv)	Verplicht (278 lid 3 jo. 279 lid 3 Rv)
Kosten	▪ Griffierecht (8:41 Awb) ▪ Kosten van rechtsbijstand (proceskostenveroordeling bij uitzondering; 8:75 Awb)	▪ Griffierecht (2 Wtbz e.v.) ▪ Kosten van rechtsbijstand (advocaat/ procureur) ▪ Kostenveroordeling (237 e.v. Rv)	▪ Griffierecht (2 Wtbz e.v.) ▪ Kosten van rechtsbijstand (advocaat/ procureur) ▪ Evt. kostenveroordeling (289 Rv)
Bewijs	Open stelsel van bewijsmiddelen	Open stelsel van bewijsmiddelen (152 Rv)	Open stelsel van bewijsmiddelen (284 jo. 152 Rv)
- vergaring	▪ Toezichtsbevoegdheden (5.15- 5.20 Awb)	▪ Toezichtsbevoegdheden (5.15- 5.20 Awb)	▪ Toezichtsbevoegdheden (5.15- 5.20 Awb)
- verdeling		▪ 150 Rv ('Wie eist, moet bewijzen')	▪ 284 jo. 150 Rv ('Wie eist, moet bewijzen')
Vrijwaring		Mogelijk (210 Rv e.v.)	
- Rechts-middel	College van Beroep voor het bedrijfsleven (20 WBB)	Hoge Raad (398 Rv)	Hoge Raad (358 jo. 426 Rv)
- Termijn	Uitspraak binnen zes weken (8:66 Awb jo. 22 WBB).	De rechter bepaalt de dag van de uitspraak (229 Rv).	De rechter bepaalt de dag van de uitspraak (286 Rv). Bijzonder: 'onverwijld' uitspraak in artikel 3:305d-procedure (3:305d lid 4 BW)

Tabel: Overzicht rechtsbescherming bij de bestuurs- en civiele rechter

3.7 Conclusie

In deze bijdrage is de vraag behandeld wat de rol is van de Consumentenautoriteit bij de overwegend privaatrechtelijk geregelde consumentenzaken. Deze nieuwe ‘waakhond’ ziet toe op de naleving van consumentenrecht en heeft als missie ‘het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten, waarbij de economische belangen van consumenten het uitgangspunt zijn’. De autoriteit heeft drie taken toebedeeld gekregen: toezicht houden op de naleving van consumentenrecht en indien nodig in dat kader handhavend optreden, de coördinatie van grensoverschrijdende verzoeken om wederzijdse bijstand en informatievoorziening aan consumenten en bedrijven. De Consumentenautoriteit kan slechts bij inbreuken op collectieve belangen van consumenten optreden.

Op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming houdt de Consumentenautoriteit bestuurlijk toezicht op voornamelijk privaatrechtelijke consumentenregels. Dit is een tamelijk onbekende figuur in het Nederlandse rechtsbestel. Voor het afdwingen van naleving van de regelgeving kan de Consumentenautoriteit gebruik maken van privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Ten aanzien van de bepalingen uit de Colportagewet, de Prijzenwet en enkele bepalingen uit het BW waarvan overtreding makkelijk is van te stellen, heeft de Consumentenautoriteit bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Kort gezegd zijn dit het opleggen van een last onder dwangsom en het opleggen van een bestuurlijke boete. Bepalingen uit het BW kan de autoriteit civielrechtelijk handhaven. Wat betreft de privaatrechtelijk te handhaven regels is er sprake van een duaal stelsel. Het toezicht vindt bestuursrechtelijk plaats, de handhaving loopt via de civiele rechter. Dit is een opmerkelijk systeem. Hierbij moet worden opgemerkt dat het publieke toezicht op de consumentenbelangen door de Consumentenautoriteit een goede ontwikkeling is. Afgezien van de plicht opgelegd vanuit Brussel om een publieke toezichthouder in het leven te roepen, bestond er wel degelijk een nalevingstekort op consumentenrechten. De keuze voor een publiek orgaan dat bestuursrechtelijk toezicht houdt, is begrijpelijk. Immers, via de Awb kan op een snelle en effectieve manier vastgesteld worden of de regels worden nageleefd. Toezicht kan mijns inziens dan ook alleen door een publiek orgaan effectief geschieden. De vraag is echter of deze privaatrechtelijke handhaving door een publiek orgaan als de Consumentenautoriteit wenselijk is. Mijns inziens kan deze vraag bevestigend worden beantwoord.

In de eerste plaats is het alternatief voor dit duaal handhavingssysteem, een systeem waarbij zowel het toezicht als de handhaving geheel via het bestuursrecht is geregeld, niet aanbevelenswaardig. Dit vanwege het feit dat het bestaande Nederlandse stelsel van handhaving van consumentenbescherming overwegend privaatrechtelijk is. De door de consumententoezichthouder te handhaven richtlijnen betreffen voornamelijk privaatrecht en zijn in het BW geïmplementeerd. Daarbij is het weinig efficiënt als de bestuursrechter tot hoofdtaak zou krijgen het uitleggen en toepassen van privaatrechtelijke begrippen en beginselen. Er zou in het beste geval een tweedeling in de handha-

ving ontstaan, omdat de civiele rechter bevoegd blijft over geschillen te beslissen die een individuele consument aan hem voorlegt. En in het slechtste geval zouden beide rechters sterk uiteenlopende toepassing geven aan het BW.

Ten tweede is het mijns inziens een goede keuze geweest de behandeling van de bijzondere verzoekschriftprocedure neer te leggen bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. Het Hof is eveneens exclusief bevoegd op het gebied van de bescherming van consumenten tegen onredelijke algemene voorwaarden. Op die manier ontstaat er een concentratie van verbodszaken bij één feitelijke instantie.

Bovendien is de keuze voor een bijzondere verzoekschriftprocedure in plaats een dagvaardingsprocedure naar mijn idee terecht. Een verzoekschriftprocedure is over het algemeen sneller en doelmatiger dan een dagvaardingsprocedure. In beginsel vindt er slechts één schriftelijke ronde plaats. De concentratie van de rechtspraak bij één feitelijke instantie bevordert de snelheid van de procedure. De rechter is minder lijdelijk dan in een dagvaardingsprocedure, hetgeen de doelmatigheid van de procedure ten goede komt. Daarbij komt dat door gebruikmaking van de verzoekschriftprocedure voldaan kan worden aan de Europeesrechtelijke verplichting van 'onverwijldheid'. Het doet wel de vraag rijzen of de keuze voor de dagvaardingsprocedure in artikel 6:241 en 3:305b BW nog gelukkig te noemen is.

De privaatrechtelijke handhaving door de autoriteit is verder niet onevenwichtig en onproportioneel ten opzichte van de belangen van bedrijven. De rechtsbescherming bij de civiele rechter is in beginsel niet minder goed geregeld ten opzichte van de bescherming bij de bestuursrechter. Twee punten van kritiek kunnen zijn dat de kosten in een civiele procedure hoger zijn en de omschrijving 'het gerechtshof behandelt het verzoek onverwijld' onduidelijk gedefinieerd is.

De Consumentenautoriteit kan naar mijn idee twee dingen van de Office of Fair Trading leren. In de eerste plaats kan er iets geleerd worden aangaande het verzamelen van informatie. De OFT doet actief, op eigen initiatief, onderzoek naar markten. De Consumentenautoriteit leunt mijns inziens nog te veel op de informatie die zij binnenkrijgt via de consumenten. Inbreuken kunnen sneller en in een vroeger stadium ontdekt worden, indien daar actief door de Consumentenautoriteit zelf onderzoek naar wordt gedaan. In de tweede plaats met betrekking tot de toepassing van het toezeggings-instrument. De belofte van een overtreder dat hij zal stoppen met het maken van de inbreuk, is in Engeland rechtsgeldig en naleving ervan kan bij de rechter worden afgedwongen. Naar mijn idee zou het nuttig zijn als in Nederland aan de toezegging ook rechtsgevolgen worden verbonden en naleving ervan eveneens afdwingbaar is bij de rechter.

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat de oprichting van de Consumentenautoriteit een stap in de goede richting is om de bescherming van consumentenrechten te verbeteren.

Hoewel de nieuwe toezichthouder nog te kort bestaat om conclusies te kunnen trekken aangaande de doeltreffendheid en doelmatigheid van zijn functioneren, verwacht ik dat de autoriteit een waardevolle rol gaat vervullen voor de bescherming van de collectieve consumentenbelangen.

IV Het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen

Marjanne Kroonen

4.1 Inleiding

Is er een privaatrechtelijker onderwerp te bedenken dan twee personen die samen een kind hebben, hiervoor de zorg op zich nemen en hiertoe ook wettelijk verplicht zijn?

Ook als de relatie van deze personen eindigt, zijn zij verplicht in het levensonderhoud van hun kind te blijven voorzien.¹ Als dit niet vrijwillig gaat, heeft de verzorgende ouder de mogelijkheid een veroordeling hiertoe van de ander aan de rechter te vragen op grond van titel 17 van boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Toch heeft de Nederlandse overheid – en niet alleen de Nederlandse, maar daarover later meer – het nodig gevonden om zich in te zetten voor de handhaving van de verplichting tot betaling van kinderalimentatie als één van de ouders deze verplichting – na een rechterlijke veroordeling – niet vrijwillig nakomt. Al sinds de invoering van ons huidige artikel 1:408 BW in 1970 is overheidsbemoeienis met de betaling van kinderalimentatie een feit. Destijds was in de wet opgenomen dat betaling diende te geschieden aan de Raad voor de Kinderbescherming, welke Raad was toegerust met een speciale afdeling die zich bezighield met het innen van niet betaalde kinderalimentatie.

Het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (kortweg LBIO) is in 1993 ontstaan als samenvoeging van die betreffende afdelingen van de negentien Raden voor de Kinderbescherming en is in 1997 verzelfstandigd.² Het is nu een zogenaamd zelfstandig bestuursorgaan en voert als publiekrechtelijke rechtspersoon een overheidstaak uit. De taak van het LBIO omvat onder andere het innen van kinderalimentatie (voor geen grotere achterstand dan zes maanden)³ en het innen van de ouderbijdragen in het kader van de Wet op de jeugdzorg.⁴ Hiertoe heeft het LBIO ook aparte wettelijke bevoegdheden gekregen.

Na een aantal wijzigingen in artikel 1:408 BW is dit thans zo geredigeerd dat betaling aan de verzorgende ouder dient plaats te vinden, doch ook is opge-

¹ Art. 1:392 BW en art. 1:404 BW.

² Wet Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen, *Stb.* 1995/198, i.w.tr. 01-01-1997; *Kamerstukken II* 1994/95, 23 938 nr. 6.

³ Uitzondering op de periode van zes maanden bestaat als bij beschikking alimentatie met terugwerkende kracht wordt toegewezen.

⁴ Art. 2 Wet LBIO.

nomen dat bij niet-betaling van kinderalimentatie het LBIO de inning hiervan – onder voorwaarden – kan overnemen.

Op de vraag waarom de overheid de handhaving van deze privaatrechtelijke rechten aan zich trekt, is geen klip en klaar antwoord te geven. Onderzoek van de parlementaire geschiedenis van de wet van 30 september 1993, waarbij de inning van kinderalimentatie door de raden voor de kindbescherming werd ondergebracht bij één instantie: het LBIO, en de Wet Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (hierna te noemen: Wet LBIO) van 1995, waarbij het LBIO werd verzelfstandigd, leert het volgende.

De memorie van toelichting verwijst naar een Uitgebreide Commissievergadering welke onder andere over dit onderwerp in 1991 is gevoerd. Het verslag van deze vergadering leert dat de Kamer de conclusie heeft getrokken dat het innen van kinderalimentatie een kerntaak van de overheid is. Het beschermen van de belangen van het kind is hierbij in het geding. Destijds vond nog discussie plaats over de vraag of hier sprake zou zijn van een kerntaak van de overheid en of deze taak op afstand zou kunnen worden geplaatst.⁵

Aan de verzelfstandiging van het LBIO bij wet van 1995 ligt onder andere de wens ten grondslag om diensten die niet tot de departementale kerntaak behoren, op grotere afstand te plaatsen door ze te verzelfstandigen. De keuze voor een publiekrechtelijke rechtspersoon past in het kabinetsbeleid ter zake.⁶

Aan de taakuitoefening van de overheid in het kader van de bescherming van de rechten van het kind hangt echter ook een prijskaartje. Het LBIO ontvangt jaarlijks een aanzienlijke overheidssubsidie.

In deze bijdrage zal daarom het LBIO onder de loep worden genomen, met het oog op deze overheidsbemoeienis met het privaatrecht. De centrale vraag luidt: Is er een overheidstaak voor het LBIO? In paragraaf 2 zal worden bezien wat de taken en bevoegdheden van het LBIO zijn, in paragraaf 3 zal worden bekeken hoe het bureau zijn bevoegdheden uitoefent en of deze voldoen. Vervolgens zal in paragraaf 4 een overzicht worden gegeven van de met het LBIO gemoeide overheidskosten en de door de organisatie behaalde inningsresultaten.

In paragraaf 5 zal een voorlopige conclusie worden getrokken uit de aldus verkregen informatie, zulks aan de hand van een alternatief voor inning via het LBIO en presentatie van de samenloop tussen alimentatie- en bijstandgerechtigdheid. Deze voorlopige conclusie zal worden aangegrepen als vertrekpunt voor een onderzoek naar eventuele extra bevoegdheden voor het LBIO in paragraaf 6. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel Wet herziening kinderalimentatiestelsel. In paragraaf 7 zal een kort overzicht worden gegeven van de – eventuele problemen op het

⁵ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 938, nr. 3, p. 1; Bijzondere commissie voor het Jeugdwelzijnsbeleid, UCV 19, 16 december 1991, p. 23-25.

⁶ *Kamerstukken II* 1994/95, 23 938, nr. 3, p. 2-3.

gebied van – inning van kinderalimentatie in het buitenland. Afsluiten zal ik in paragraaf 8 met de conclusie dat mijns inziens de overheidsbemoeienis met het privaatrechtelijke onderwerp kinderalimentatie een juiste is, maar dat niet alleen de aandacht moet uitgaan naar de inning van kinderalimentatie, maar zeker ook naar de wijze van vaststelling en berekening daarvan. Deze laatste onderwerpen werpen hun schaduw vooruit over het sluitstuk: de betaling, die – zo leert de praktijk – op dit moment maar al te vaak niet, of niet vrijwillig, geschiedt.

4.2 Taken en bevoegdheden

4.2.1 Taakomschrijving

Het LBIO houdt zich bezig met het innen van kinderalimentatie in Nederland en ook – ter uitvoering van een tweetal verdragen daartoe – in het buitenland.⁷ Voorts int dit bureau de ouderbijdragen in het kader van de Wet op de jeugdzorg.⁸ Deze bijdragen worden ook door het LBIO vastgesteld. In deze bijdrage zal ik mij met name richten op het innen van kinderalimentatie en dat ook nog binnen Nederland. De overige taken betreffen mijns inziens typische overheidstaken, en vallen daarom buiten het bestek van deze bijdrage.

4.2.2 Kinderalimentatie

Het LBIO gaat zich pas bezighouden met de invordering van kinderalimentatie als een alimentatiegerechtigde – die over een beschikking houdende toewijzing van een verzoek tot levensonderhoud beschikt – een verzoek hiertoe tot de organisatie richt.

Na ontvangst van een dergelijk verzoek zal het LBIO nagaan of in de periode van zes maanden voorafgaand aan dit verzoek de onderhoudsplichtige tenminste een deel van de periodieke betaling niet heeft voldaan. Is dit het geval, dan zal de invordering via het LBIO geschieden vanaf een tijdstip van ten hoogste zes maanden voorafgaand aan de indiening van het verzoek. De terugvordering geschiedt dus niet over een langere periode dan zes maanden.⁹

⁷ Verdrag inzake verhaal in het buitenland van uitkeringen tot onderhoud, New York 20 juni 1956, *Trb.* 1957,121; Overeenkomst tussen Nederland en de Verenigde Staten inzake de geldendmaking van verplichtingen tot levensonderhoud, *Trb.* 2001, 117 en 134; De buitenlandse kinderalimentatie maakt een gering deel uit van het LBIO (zowel kwantitatief als financieel) en wordt door de overheid verricht ter uitvoering van een verdragstaak.

⁸ Deze bijdrage wordt direct voor het verantwoordelijke ministerie geïnd bij de verantwoordelijke ouder(s).

⁹ Art. 1:408 lid 4 BW.

Alvorens daadwerkelijk te gaan invorderen, zal het LBIO de alimentatieplichtige eerst aanschrijven. In die brief wordt melding gemaakt van het voornemen tot invordering met verhaal van kosten en wordt het bedrag inclusief de kosten van invordering vermeld. Het LBIO wordt veertien dagen na verzending van die brief bevoegd tot invordering over te gaan. Binnen die veertien dagen kan de alimentatieplichtige er dus nog voor kiezen om te betalen, zonder dat extra kosten verschuldigd zijn.¹⁰

4.2.2.1 Invordering

Als bij niet-betaling het LBIO bevoegd is geworden tot invordering, zullen de kosten van invordering – de zogenaamde opslagkosten – en de kosten van gerechtelijke vervolging en executie op de onderhoudsplichtige worden verhaald.¹¹ Het begrip opslagkosten verdient nadere toelichting. Dit betreft de door het LBIO in rekening te brengen kosten welke een percentage van het achterstallig bedrag belopen. Op dit moment is dit percentage 15% van het achterstallig bedrag of tenminste € 19,00 per maand.¹²

4.2.2.2 Executie

De wettelijke bevoegdheid tot executie door het LBIO is te vinden in artikel 1:408 lid 2 BW. De overhandiging van de grosse van de alimentatiebeschikking aan het LBIO, machtigt het LBIO tot het doen van de invordering – weliswaar wordt deze pas effectief na de hiervoor vermelde aanschrijving –, zonodig door middel van executie. Deze wettelijke machtiging is te vergelijken met artikel 434 Rv waarbij aan de deurwaarder een zelfde machtiging wordt verleend tot executie. Het LBIO is echter geen deurwaarder, maar – zoals hiervoor aangegeven – een overheidsorganisatie. Hoe kan deze organisatie dan toch tot executie overgaan?

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelt in de artikelen 479b t/m 479g het executoriaal beslag onder derden in zaken betreffende levensonderhoud en uitkering voor de huishouding. In artikel 479g Rv is o.a. bepaald dat indien het LBIO executant is, het derdenbeslag op loon of andere periodieke uitkeringen ten behoeve van uitkeringen van levensonderhoud kan worden gelegd, hetzij op de gewone wijze, hetzij door van de beschikking in afschrift mededeling te doen aan de derde-beslagene. De derde-beslagene dient die schriftelijke kennisgeving dan ‘voor gezien’ getekend aan het LBIO terug te

¹⁰ Art. 1:408 lid 5 BW, bevestigd aan mij in een gesprek met de heer L.D. de Bakker RA, directeur LBIO, en de heer L. Nobels, werkzaam bij het LBIO als kwaliteitsadviseur.

¹¹ Art. 1:408 lid 3 BW.

¹² Besluit kostenopslag inning kinderalimentaties d.d. 17 november 1993, *Stb.* 1993/605. Laatstelijk aangepast bij wijzigingsbesluit d.d. 1 november 2006, *Stb.* 2006/545. Voor deze wijziging bedroeg dit percentage 10% of € 11,34 per maand.

zenden. Door deze terugzending is het beslag voltooid.¹³ Daarnaast kan het LBIO de dag volgend op die waarop de uitkering moet geschieden direct beslagleggen, dus zonder voorafgaande betekening en bevel tot betaling, welke handelingen door artikel 432 Rv voorafgaand aan het executeren van titels worden voorgeschreven.¹⁴

Bekendmaking van het gelegde beslag aan de onderhoudsplichtige kan vervolgens geschieden door middel van toezending bij aangetekende brief van een kopie van de ‘voor gezien’ getekende kennisgeving binnen zeven dagen na ontvangst hiervan. Dit in plaats van de door artikel 475i Rv voorgeschreven overbetekening bij deurwaardersexploot.¹⁵

Deze wetsartikelen geven het LBIO ten aanzien van een derdenbeslag derhalve de status van deurwaarder; het LBIO treedt zelf – zonder tussenkomst van derden – op als invorderaar, executant en deurwaarder.

Komt de alimentatiebetaling op gang, dan zal het LBIO de zaak sluiten nadat de achterstallige alimentatie en de verschuldigde zes aaneengesloten maanden zijn voldaan.

4.2.2.3 Informatie

Er moet echter wel een derde – een (rechts)persoon – bekend zijn die loon of andere periodieke uitkeringen aan de onderhoudsplichtige verschuldigd is. Om deze informatie te verkrijgen heeft het LBIO bij de Wet LBIO in artikel 23 een aantal informatierechten verkregen. De Gemeentelijke Sociale Diensten, de Informatie Beheer Groep, de inspecteur der Rijksbelastingen, de Sociale Verzekeringsbank, het UWV, de ambtenaren van de burgerlijke stand en de gemeentebesturen (laatstgenoemde voor zover het betreft de gemeentelijke basisadministraties persoonsgegevens) zijn verplicht het LBIO kosteloos alle inlichtingen te verstrekken ter uitvoering van onder andere zijn taak tot invordering van kinderalimentatie.

Met deze bevoegdheden – bij een van deze instanties moet immers wel te achterhalen zijn waar iemand zijn inkomsten vandaan haalt – is het LBIO uitgerust om zijn taak tot invordering van kinderalimentatie uit te voeren.

¹³ Art. 479g lid 1 Rv.

¹⁴ Art. 479g lid 2 Rv.

¹⁵ Art. 479g lid 3 jo. art. 475i Rv.

4.3 Hoe brengt het LBIO deze bevoegdheden in praktijk en zijn deze bevoegdheden voldoende?

4.3.1 Aantallen

Zoals uit bovenstaande is gebleken, vallen de bevoegdheden van het LBIO uiteen in die tot invordering, executie en informatie.

Uit de door het LBIO opgemaakte jaarverslagen over de jaren 2003, 2004 en 2005, blijkt de navolgende voor dit onderdeel relevante informatie:

Jaar	Hoeveelheid verzoeken om inning	Aantal gevallen overname inning	Aantal gevallen waarin zonder overname betaling tot stand kwam	Percentage van zaken waarin inning wel werd overgenomen
2003	6736	2388	4348	35,45
2004	7218	3156	4062	43,72
2005	7945	4036	3909	50,80

Op het aantal zaken waarin zonder overname betaling tot stand kwam, dient een nuancering te worden aangebracht. In deze cijfers zijn ook de niet-ontvankelijke verzoeken (wegens onvolledigheid van de aangeleverde gegevens) begrepen. Voor de jaren 2003 tot en met 2005 betrof dit – zo blijkt uit de jaarverslagen – respectievelijk 1305, 1065 en 1445 zaken. Het LBIO neemt deze zaken in de beschrijving van de resultaten in de jaarverslagen wel mee als zaken waarin betaling zonder overname tot stand kwam. Door het LBIO wordt als reden voor het opnemen van deze niet-ontvankelijke verzoeken het volgende aangevoerd. De praktijk leert dat er contact is tussen alimentatiegerechtigde en alimentatieplichtige, en dat de alimentatieplichtige zo zal verneemen dat het LBIO is ingeschakeld. Nu de alimentatiegerechtigde bij een niet-ontvankelijk verzoek een termijn gesteld wordt (van drie à vier weken) om de stukken aan te vullen, gaat het LBIO ervan uit dat als die aanvulling niet geschiedt – en niet-ontvankelijk verklaring volgt – betaling klaarblijkelijk door de dreiging van inschakeling van de organisatie toch weer op gang is gekomen. Het LBIO rekent om die reden die zaken wel bij de zaken waarin betaling zonder overname van de inning, door tussenkomst van de organisatie, weer op gang is gekomen.¹⁶

Nu zowel argumenten vóór als tegen deze stelling zijn aan te voeren en berekening van het aantal zaken waarin overname wel diende plaats te vinden als percentage van alleen de ontvankelijke verzoeken niet tot wezenlijk andere

¹⁶ Deze aanvullende informatie omtrent de gegevens uit de jaarverslagen werd verkregen van de heer L. Nobels, kwaliteitsadviseur bij het LBIO.

uitkomsten leidt, zal ik mij in deze bijdrage verder op de bovenvermelde – door het LBIO gehanteerde – gegevens baseren.¹⁷ Ook de minister hanteert deze cijfers, zoals onder punt 5.2 zal blijken.

Uit het hiervoor vermelde overzicht blijkt dat zelfs in een economisch zeker als zwaar aan te duiden jaar als 2005, toch slechts in 50% van de gevallen de inning door het LBIO behoefde te worden overgenomen, en dat dat in voorgaande jaren zelfs in ongeveer 40% van de verzoeken om inning het geval was. In de andere gevallen is de dreiging die uitgaat van de inschakeling of in ieder geval het ontvangen van een aanschrijving van de overheidsorganisatie met aankondiging van de te maken kosten, klaarblijkelijk voor de onderhoudsplichtige voldoende om tot vrijwillige betaling over te gaan. In die gevallen is verdere bemoeienis van het LBIO niet meer nodig en werkt het LBIO dus zeer effectief. Hierna zal ik nader ingaan op de kosten in dit stadium.

Dan resteert de overige 50% waarin het LBIO dus wel daadwerkelijk de inning ter hand moet nemen, en in welke zaken dan ook het grootste deel van de kosten van de organisatie wordt gemaakt. Op deze kosten kom ik hieronder nog uitgebreid terug, maar een aspect wil ik hier al wel bespreken: dat aspect betreft de kosten gemoeid met externe diensten, omdat uit inschakeling van deze diensten die bevoegdheden/mogelijkheden blijken waaraan het LBIO wel behoefte heeft, maar waarover het niet zelf beschikt.

4.3.2 Kosten met betrekking tot bevoegdheden die het LBIO niet heeft

De kosten van externe diensten betreffen die van in te schakelen tolken, advocaten, maar ook die van deurwaarderskantoren. Als niet kan worden geëxecuteerd door middel van het hiervoor beschreven vereenvoudigde derdenbeslag, dan heeft het LBIO zelf geen verdere executiebevoegdheden, en zal het zich moeten houden aan het algemene executierecht. Het LBIO zal dan beslag moeten laten leggen op andere vermogensbestanddelen, het zal zelf een deurwaarderskantoor moeten inschakelen en zal dus worden geconfronteerd met de daarmee gemoeide kosten. Natuurlijk kan het LBIO als organisatie prijsafspraken maken met deurwaarderskantoren, met name over het maximale bedrag aan kosten dat door de deurwaarder in rekening zal worden gebracht als de zaak niet tot een goed einde mocht leiden. De toegevoegde waarde van de executie door een overheidsorganisatie op kostengebied blijft hiertoe echter in dat geval beperkt.¹⁸

¹⁷ Als wordt uitgegaan van alleen de ontvankelijke verzoeken diende in de jaren 2003 tot en met 2005 in respectievelijk circa 44, 51 en 62% de inning te worden overgenomen.

¹⁸ Deze kwestie heb ik aangestipt tijdens een gesprek op 21 maart 2007 met de heren L.D. de Bakker RA (directeur) en L. Nobels (kwaliteitsadviseur) van het LBIO. Men vertelde daarbij dat wordt gewerkt met twee deurwaarderskantoren door het land en dat afspraken in deze zin ook daadwerkelijk zijn gemaakt en worden uitgevoerd.

In 2004 beliepen de deurwaarderskosten € 985.800 waarvan € 556.900 niet verhaald kon worden. In die gevallen blijft het LBIO dus met niet te verhalen kosten zitten, terwijl het wel de – zij het wellicht door de goede onderhandelingspositie aangepaste – winstmarge van de ingeschakelde professionele deurwaarderskantoren betaalt.

Dit roept de vraag op of het LBIO niet zelf meer bevoegdheden dan het thans ten dienste staande derdenbeslag zou moeten hebben, teneinde deze kosten ‘binnen de organisatie’ en daarmee lager te houden. Ik kom hierop later in deze bijdrage terug.

Vastgesteld kan echter op deze plaats wel al worden dat de bevoegdheden van het LBIO thans niet voldoende zijn om de volledige executie zelf te kunnen volvoeren, zoals met de mogelijkheid van het vereenvoudigde derdenbeslag wel is toegestaan.

4.4 Welke overheidskosten zijn gemoeid met het LBIO en wat zijn de inningsresultaten?

4.4.1 Overheidssubsidie

Ingevolge artikel 15 lid 3 van de Wet LBIO verstrekt de Minister van Justitie jaarlijks een subsidie aan het LBIO ter uitvoering van zijn taak tot inning van binnenlandse kinderalimentatie, gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen termijn. Deze subsidietermijn is laatstelijk verlengd van tien jaren te rekenen vanaf 1 januari 1997 (waarop hij in 1997 was vastgesteld) tot 15 jaren.¹⁹ In de nota van toelichting op dit besluit geeft minister Hirsch Ballin aan dat er bij invoering van de Wet LBIO vanuit werd gegaan dat het de eerste jaren nodig zou zijn om subsidie te verstrekken ter dekking van de kosten van inning van de kinderalimentatie welke niet gedekt zouden worden door de kostenopslag die de alimentatieplichtige ouder verschuldigd zal zijn. De verwachting werd uitgesproken dat uiteindelijk een kostendekkende situatie zou worden bereikt. In de nota van toelichting geeft de minister echter aan dat is gebleken dat niet voor alle werkzaamheden die het LBIO verricht op het gebied van kinderalimentatie kosten in rekening kunnen worden gebracht, en dat volledige kostendekkendheid niet haalbaar is. Om die

¹⁹ Besluit vaststelling maximale termijn subsidies Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen voor inning onderhoudsbijdragen voor kinderen d.d. 31 januari 1997, *Stb.* 1997/55; Besluit van 1 november 2006, houdende wijziging van het besluit tot vaststelling van de maximale termijn gedurende welke subsidie aan het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen wordt gegeven voor de inning van onderhoudsbijdragen voor kinderen, *Stb.* 2006/544.

reden heeft de termijnstelling zoals opgenomen in artikel 15 derde lid van de Wet LBIO geen zin en deze zal dan ook worden geschrapt.²⁰

De subsidie beliep in de jaren 2003 t/m 2005 de navolgende bedragen:²¹

Ontvangen subsidiebedrag in duizenden euro's Ministerie van Justitie²²	
2003	2700,5
2004	4211,6
2005	4815,9

Tot en met 2005 ontving het LBIO jaarlijks een subsidiebedrag dat was gebaseerd op de begroting van het desbetreffende jaar, waarbij afwijkingen tussen de begroting en realisatie slechts gedeeltelijk konden worden verrekend. Vanaf 2005 wordt subsidieverstreking gebaseerd op de gerealiseerde productie 2003 (t-2) vermenigvuldigd met de door de Ministeries vastgestelde tarieven 2005.²³ Dit brengt mee dat het LBIO rekening moet gaan houden met (tijdelijke) financieringsverschillen, omdat kosten en bijbehorende subsidie niet meer in hetzelfde jaar zullen gaan vallen.²⁴

4.4.2 *Omtrent de cijfers in het algemeen*²⁵

Zoals hierboven al vermeld heeft het LBIO drie taken uit te voeren, het innen van kinderalimentatie (waarop de nadruk ligt in deze bijdrage), het innen van buitenlandse alimentatie, en het innen van ouderbijdrage in het kader van de Wet op de jeugdzorg. Ten aanzien van de geïnde bedragen wordt in de door het LBIO gepresenteerde jaarverslagen onderscheid gemaakt tussen deze taken, echter de kosten van de organisatie worden als één post gepresenteerd. Ik heb het LBIO gevraagd de kosten van de organisatie die toe te rekenen zijn aan kinderalimentatie aan te geven, zodat gekeken kan worden naar de kosten van inning voor deze specifieke taak, waarop ik hieronder zal terugkomen.

Teneinde echter een compleet beeld van de organisatie te geven, vermeld ik onderstaand eerst de cijfers over de complete organisatie, ten aanzien van alle drie de taken:

²⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 972, nr. 2.

²¹ Deze subsidie drukt op de algemene middelen van het Ministerie van Justitie. Hiervoor is geen apart fonds ingericht. Informatie verkregen van het LBIO, de heer L. Nobels, kwaliteitsadviseur.

²² In deze subsidie is ook begrepen de uitoefening van de ouderbijdrage-taak op justitieel gebied en de uitoefening van de verdragstaak. Het LBIO geeft echter aan dat dit een gering gedeelte van de subsidie betreft; de informatie is ontleend aan de jaarrekening LBIO over het betreffende jaar.

²³ Jaarrekening LBIO 2005, p. 5.

²⁴ Jaarverslag LBIO 2005, p. 10.

²⁵ Gebaseerd op het jaarverslag en de jaarrekening LBIO uit het opgegeven jaar.

Periode	Geïnd bedrag aan alimentatie (binnen en buitenland) + Ouderbijdrage in miljoen euro's	Kosten van de organisatie in miljoen euro's	Ontvangen subsidiebedrag in miljoen euro's (Justitie en VWS)	Opbrengsten (opslagkosten en overige opbrengsten) in miljoen euro's
2003	20,04	5,15	3,61	1,47
2004	21,04	6,55	5,25	2,3
2005	23,67	6,80	6,10	2,6

Indien nu gekeken wordt naar het geïnde bedrag in relatie tot de kosten van de organisatie, volgt daaruit dat het innen van € 1 ongeveer 29 cent aan kosten met zich brengt.

Ook valt uit het bovenstaande af te leiden dat de kosten van de organisatie grotendeels door de subsidiebedragen worden gedekt, maar dat de organisatie uit de activiteit ook eigen opbrengsten heeft, namelijk de eerder genoemde opslagkosten. De overige opbrengsten die aldaar staan vermeld betreffen rente-inkomsten.

4.4.2.1 Cijfers inning binnenlandse kinderalimentatie

Zoals gezegd heb ik teneinde de cijfers meer toe te spitsen op het innen van de binnenlandse kinderalimentatie, het LBIO gevraagd deze kosten van de organisatie 'uit het totaalbedrag te lichten'.

Het LBIO stelt hierover voor het jaar 2006 de volgende cijfers ter beschikking:²⁶

Organisatiekosten toe te rekenen aan kinderalimentatie in 2005 (miljoen euro's)	Gedeelte toe te rekenen aan de selectie (aanschrijvingsfase)	Gerealiseerde opslagkosten	Inningsresultaat
3,6	0,63	2,2	14,0

Als dezelfde berekening wordt gehanteerd als hierboven, dan levert dit voor de inning van kinderalimentatie het resultaat op dat met innen van € 1,26 aan organisatiekosten is gemoeid: $3,6/14 = 0,257$.

Bij het aanleveren van deze cijfers voert het LBIO zelf aan dat de € 0,63 miljoen feitelijk niet met de inning is gemoeid, omdat deze kosten gemaakt worden in de zaken die tot vrijwillige betaling leiden. Om tot inning te komen moet echter nu eenmaal die selectiefase plaatsvinden, zodat deze kosten mijns

²⁶ Informatie per e-mail verkregen op 25-04-2007, van het LBIO, de heer L. Nobels, kwaliteitsadviseur.

inziens toch bij de inningskosten moeten worden gerekend. Het LBIO heeft er voor gekozen om zowel de gegenereerde opslagkosten als de kosten van de selectiefase op de kosten van de organisatie in mindering te brengen, alvorens dit op het inningsresultaat te delen. Dit levert een heel ander cijfer op, namelijk $(3,6 - 0,63 - 2,2)/14 = 0,055$ afgerond 6 cent om € 1 te innen.²⁷

Echter, het gaat er mij in deze om de kosten van inning vast te stellen. Dat er ook opbrengsten aan verbonden zijn, wil ik geenszins ontkennen, doch deze wil ik graag apart bezien. Daarvoor is het nodig een juist beeld van de kosten te krijgen en heb ik ervoor gekozen de opbrengsten niet reeds op de kosten in mindering te brengen, alvorens de inningskosten te berekenen.

Wel leveren deze gegevens van het LBIO niet eerder uit de jaarstukken af te leiden informatie op, namelijk dat – in ieder geval in 2006 – de kosten van de selectiefase 17,5% van de totaal met de activiteit kinderalimentatie gemaakte kosten belopen.

Ter afsluiting van het cijfermatige onderdeel vermeld ik – om een indruk te geven van de omvang in euro's van het begrip onbetaalde kinderalimentatie - onderstaand over de jaren 2003, 2004 en 2005 de bij het LBIO openstaande vordering:²⁸

Jaar	Openstaande vordering kinderalimentatie (miljoen euro's)
2003	62,0
2004	68,7
2005	75,9

4.5. Voorlopige conclusie en een alternatief voor het LBIO

4.5.1 *Is overheidsbemoeienis door middel van het LBIO een goede zaak?*

Het bovenstaande beziend, zou wellicht de conclusie kunnen worden getrokken dat het LBIO een groot subsidiebedrag van de overheid nodig heeft om zijn incassotaken op het gebied van kinderalimentatie uit te oefenen, en dat dit bedrag wellicht a. beter zou kunnen worden aangewend om de alimentatiege-

²⁷ In het debat over de kosten van vergoeding van letselschade spelen vergelijkbare berekeningsproblemen. In W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, worden de transactiekosten gemoeid met het verplaatsen van een euro van laedens naar gelaedeerde globaal in kaart gebracht. Aannemelijk is dat deze kosten in Nederland 25% en mogelijk meer belopen, p. 3-4.

²⁸ Informatie ontleend aan het jaarverslag LBIO over de betreffende jaren; Niet bekend is wat de gemiddelde lengte van het doorlopen inningstraject is. Het LBIO registreert deze informatie niet.

rechtigde – eventueel tijdelijk – direct te ondersteunen of b. zelfs om dit bedrag maar als kinderalimentatie uit te keren. Immers in 2005 zou dat betekenen dat zonder enige verdere moeite 30% van het geïnde bedrag zo uit de subsidie had kunnen worden voldaan!

Bij deze conclusie die op het eerste gezicht – aangewakkerd door de wellicht wat overheidsvreemde bemoeienis met kinderalimentatie – voor de hand ligt, is echter een aantal kanttekeningen te maken.

4.5.2 Onderbouwing maatschappelijke taak

Onderkend moet worden het grote aantal verzoeken waarmee het LBIO jaarlijks wordt geconfronteerd (in 2005 bijna 8000). Hieruit blijkt een grote behoefte aan de door de organisatie geboden ondersteuning. Uit aan de Tweede Kamer gestelde vragen omtrent niet-betalde kinderalimentatie blijkt dat de rechter jaarlijks ongeveer 10.000 beschikkingen houdende vaststelling kinderalimentatie wijst. Bij beantwoording van die vragen nam de Minister van Justitie het jaar 2004 tot uitgangspunt door te stellen dat nu het LBIO in dat jaar 7200 verzoeken ontving, hieruit kan worden opgemaakt dat in 70% van de gevallen gedurende de lopende verplichting een probleem ontstaat bij de betaling. In dat jaar kwam in circa 55% van de zaken betaling na aanschrijving op gang. Per 31 december 2004 verzorgde het LBIO de inning van kinderalimentatie in 12000 zaken. In circa 20% hiervan blijkt inning niet mogelijk danwel zeer moeilijk. Dat percentage van 20% bestaat uit recente zaken maar ook uit zaken die reeds lange tijd oninbaar zijn. In die zaken verkeert de alimentatieplichtige bijvoorbeeld al jaren op het bestaansminimum, is failliet gegaan of is met onbekende bestemming vertrokken.²⁹

4.5.3 Nuanceren naar aanleiding van cijfers uit paragraaf 4

Zoals uit de vorige alinea maar ook uit de in paragraaf 4 gepresenteerde cijfers blijkt, wordt met de overheidssubsidie een organisatie in stand gehouden die er voor zorgt dat in 4000 van die gevallen niet tot daadwerkelijke inning behoeft te worden overgegaan omdat alsnog ‘spontaan’ wordt betaald. Zoals hierboven bij de cijfers over 2006 aan de orde kwam is met deze zaken 17,5% van de kosten gemoeid, maar komen zij niet naar voren in het inningsresultaat. Wel oefent het LBIO aldus zijn maatschappelijke taak, het op gang brengen van de betaling van kinderalimentatie uit, en wel tegen relatief lage kosten.

Een hypothetische aanname op basis van het gemiddeld door het LBIO in te vorderen bedrag ad € 265,00 zou over 2005 betekenen dat bij medeneming van de na aanschrijving betaalde zaken het inningsresultaat $3909 \times 265 =$

²⁹ *Aanhangsel handelingen II* 2005/06, nr. 522. Vragen van het lid Wilders (Groep Wilders) omtrent het op grote schaal onthuilen van het betalen van alimentatie door vaders, met de daarop door de regering gegeven antwoorden.

€ 1.035.885 hoger zou zijn, ten opzichte van dezelfde vermelde kosten.³⁰

4.5.4 *Maatschappelijke taak LBIO*

Er is dus duidelijk een maatschappelijke taak voor het LBIO. Na hiervoor de omvang van de totale alimentatievordering en de problemen met de betaling van alimentatie te hebben aangegeven, wil ik ook aangeven wat het alternatief zou zijn voor de alimentatiegerechtigde als inning via het LBIO niet mogelijk zou zijn.

4.5.5 *Het alternatief voor het LBIO*

Het alternatief voor de alimentatiegerechtigde die wordt geconfronteerd met niet-betaling van de onderhoudsbijdrage, bestaat uit het zelf hanteren van het beslag- en executierecht zoals dat is vastgelegd in de artikelen 430 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en – meer specifiek de artikelen 479b e.v. van dat wetboek.

Om tot tenuitvoerlegging van de alimentatiebeschikking te komen, zal de gerechtigde deze aan een gerechtsdeurwaarderskantoor ter hand moeten stellen. De gerechtigde heeft een vrije keuze met betrekking tot het kantoor, maar wordt ook geconfronteerd met het feit dat sedert de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet in 2001, ieder deurwaarderskantoor vrij is om eigen afwikkelingsstarieven te hanteren. De gerechtigde wordt hier allereerst geconfronteerd met een gebrek aan informatie. Men weet niet precies welke informatie relevant is en kan dan ook geen goede vergelijking tussen de diverse kantoren uitvoeren. Verschillen zullen met name bestaan met betrekking tot de in rekening te brengen kosten, zowel ten aanzien van een succesvol verlopen als ten aanzien van een niet geslaagde tenuitvoerlegging.

4.5.5.1 *De alimentatiegerechtigde en de gerechtsdeurwaarder*

De praktijk leert dat de gerechtigde zelfs bij veel kantoren zal merken dat deurwaarders de vordering niet of slechts onder bepaalde voorwaarden in behandeling willen nemen. Veel kantoren zullen een voorschot vragen op de te maken kosten, en de zaak pas in behandeling willen nemen na betaling hiervan.³¹ Dit voorschot wordt door het kantoor gevraagd in verband met het zogenaamde executierisico. De deurwaarder zal de kosten van zijn ambtshandelingen (exploiten van betekening, beslag en overbetekening) op de

³⁰ Het LBIO (de heer L. Nobels, kwaliteitsadviseur) gaf in juni 2007 op verzoek daartoe aan dat uit de administratie blijkt dat het gemiddeld ingevorderde alimentatiebedrag € 265 bedraagt. Deze informatie uit 2007 wordt hier toegepast op het aantal zaken uit 2005 zodat de berekening hypothetisch en niet geheel zuiver is.

³¹ Verkregen informatie van de heer Th.J. Wouters, gerechtsdeurwaarder te Dordrecht, Wouters Gerechtsdeurwaarders & Incasso's, per brief van 20 maart 2007.

alimentatieplichtige trachten te verhalen. Niet iedere executie verloopt echter volledig succesvol, en het kan dus zo zijn dat er een gedeelte aan deurwaarderskosten onverhaalbaar blijkt (we zagen dat hiervoor ook bij de op het LBIO drukkende kosten). Deze kosten zullen door de alimentatiegerechtigde aan de deurwaarder moeten worden voldaan. Omdat de meeste deurwaarders niet willen blijven zitten met onbetaalde rekeningen (immers de opdrachtgever/alimentatiegerechtigde zal niet blij zijn met het resultaat en dat wil nog wel eens de betalingsmoraal beïnvloeden), zullen zij die kosten met het voorschot verrekenen. De alimentatiegerechtigde moet dus alvorens te kunnen executeren/incasseren zelf betalen en loopt het risico een gedeelte van dit geld niet terug te krijgen.

Ook bij een succesvolle executie is er voor de gerechtigde echter een schaduwzijde aan deze wijze van executie. De deurwaarder zal bij geïncasseerde gelden (of dat nu is na een eerste aanschrijving of na een volledig doorlopen executie) deze gelden overmaken aan de alimentatiegerechtigde, maar daarop een percentage – bepaald door de door hem gehanteerde eerder genoemde tarieven – in mindering brengen ten titel van afwikkelingskosten, ingeval van particuliere opdrachtgevers ook wel incassokosten genoemd. Deze dienen ter vergoeding van door de deurwaarder anders dan ambtelijk (in de zin van exploiten) gemaakte kosten, zoals telefonische contacten, geschreven brieven, ontvangen post. Dit percentage zal zo'n 15% bedragen.³² Deze kosten betreffen geen executiekosten en kunnen niet op basis van de alimentatiebeschikking meer op de alimentatieplichtige worden verhaald. Zij berusten op de overeenkomst tussen opdrachtgever en deurwaarder.³³ Deze afwikkelingskosten houden niet zozeer verband met de exclusief aan de gerechtsdeurwaarder opgedragen executie-taak, doch meer met de inning. Zij betreffen een vergoeding voor werkzaamheden die ook door een ander dan de gerechtsdeurwaarder zouden mogen en kunnen worden uitgevoerd.³⁴ Voor de wel op basis van de beschikking zonder meer op de alimentatieplichtige te verhalen ambtshandelingen bepaalt de wet in artikel 434a Rv door verwijzing naar een algemene maatregel van bestuur de in rekening te brengen tarieven.³⁵ De conclusie van dit traject is derhalve dat de alimentatiegerechtigde:

³² Deze informatie omtrent de executie-praktijk is o.a. gebaseerd op de in noot 31 vermelde brief van deurwaarder Th.J. Wouters te Dordrecht. Daarnaast is schrijfster dezes van 1995 tot 2000 werkzaam geweest als toegevoegd kandidaat-deurwaarder, in welke functie dezelfde ervaringen werden opgedaan als beschreven door Th.J. Wouters voornoemd.

³³ Reglement tarieven en bepalingen voor de niet-ambtelijke rechtspraktijk en aanvullen van tarieven aangaande de ambtelijke praktijk van de GGN-Leden, 1 januari 2007, versie 1, art. 1.7, < www.tijhuis.ggn.nl/downloads/Reglement.pdf >.

³⁴ Informatie verkregen van de heer J. Nijenhuis, docent executie- en beslagrecht Opleiding tot kandidaat-gerechtsdeurwaarder.

³⁵ Art. 434a Rv jo. Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders, *Stcrt.* 2006, 237.

- eerst zal moeten betalen alvorens de zaak in behandeling wordt genomen;
- een risico loopt dat bij niet succesvolle executie een negatieve kosten/batenanalyse het resultaat is;
- bij een succesvolle executie in verband met de afwikkelingskosten toch niet de volle 100% van het alimentatiebedrag ontvangt.

Sluit de deurwaarder het dossier omdat de vordering is voldaan, en betaalt de alimentatieplichtige de volgende maand weer de alimentatie niet, dan begint het hele traject opnieuw. Weliswaar kan ook door de deurwaarder het beslag ex artikel 479b jo. 479e Rv (hiervoor besproken bij de bevoegdheden van het LBIO) worden gelegd onder een werkgever op het door deze aan de alimentatieplichtige uit te betalen loon of op de andere periodieke betalingen. In dat geval dient de derde-beslagene vanaf de dag van het beslag aan de alimentatiegerechtigde executant(e) het achterstallig bedrag en de verschuldigde termijnen van uitkering te voldoen.³⁶ Deze situatie is echter alleen toegesneden op het geval dat een werkgever bekend is, de alimentatieplichtige daar werkzaam blijft, en de werkgever genegen is mee te werken. Stagneert de betaling, dan zal de alimentatiegerechtigde vaak niet bij machte zijn deze zelf weer te doen hervatten.

4.5.6 *Vergelijking LBIO met alternatief*

Als deze gang van zaken wordt vergeleken met de gang van zaken bij het LBIO, dan wordt de maatschappelijke taak van de organisatie duidelijk. Zeker gezien de over het algemeen genomen ten opzichte van de met de executie gemoeide kosten geringe bedragen van kinderalimentatie, zullen velen de gang naar de gerechtsdeurwaarder na verkregen informatie niet vervolgen.³⁷ Of men heeft het geld niet om de zaak in behandeling te doen nemen, of men wil of kan het executierisico niet dragen. In die gevallen zal de kinderalimentatie onbetaald blijven, en zullen de belangen van de kinderen waarvoor zij is bedoeld dus straffeloos worden geschonden.³⁸

Op deze plaats wil ik de aandacht vestigen op het feit dat de gerechtsdeurwaarder niet beschikt over de extra wettelijke bevoegdheden waarover het LBIO wel beschikt, zoals het recht opslagkosten in rekening te brengen aan de alimentatieplichtige, informatierechten en het vereenvoudigde beslag op periodieke uitkeringen, alle hiervoor besproken. Hier speelt mogelijk een mededingingsrechtelijk aspect, hetwelk ik echter niet verder zal behandelen, nu dit buiten de centrale vraag van deze bijdrage valt.

³⁶ Art. 479e lid 1 Rv.

³⁷ Het LBIO (de heer L. Nobels, kwaliteitsadviseur) gaf in juni 2007 op verzoek daartoe aan dat uit de administratie blijkt dat het gemiddeld ingevorderde alimentatiebedrag € 265 bedraagt.

³⁸ *Aanhangsel handelingen II* 2005/06, nr. 522. Vragen van het lid Wilders (Groep Wilders) omtrent het op grote schaal ontduiken van het betalen van alimentatie door vaders, met de daarop door de regering gegeven antwoorden.

4.5.7 *Alimentatiegerechtigde is tevens bijstandsgerechtigde*

Bij niet-betaling van kinderalimentatie dreigt een andere belasting voor de overheid, namelijk door betaling van bijstandsuitkeringen aan alleenstaande ouders. Wordt kinderalimentatie voldaan, dan behoeft – als de verzorgende ouder daarvoor in aanmerking komt – alleen bijstand te worden betaald voor het resterende gedeelte. Wordt echter de alimentatie niet betaald, dan zal de betreffende gemeente de volledige uitkering aan de bijstandsgerechtigde moeten uitkeren, opdat deze in het levensonderhoud van zichzelf en de te verzorgen minderjarige(n) kan voorzien. Ingevolge artikel 92 jo. 93a van de Algemene Bijstandswet worden de kosten van bijstand tot de grens van de onderhoudsplicht als bedoeld in boek 1 BW verhaald op onder andere diegene die verplicht is tot betalen van levensonderhoud voor zijn minderjarig kind.³⁹ Een besluit tot verhaal van de gemeente levert een executoriale titel op en kan met inachtneming van de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door de gemeentedeurwaarder ten uitvoer worden gelegd.⁴⁰

4.5.7.1 Afwenteling kosten van alimentatie

Hier ligt een aantal problemen, namelijk de afwenteling van de kosten van alimentatie op het collectief, de geringe motivatie tot invorderingsacties aan de zijde van de alimentatiegerechtigde, terwijl ook de alimentatieplichtige niet tot vrijwillige betaling aan de gerechtigde zal worden geprikkeld.⁴¹ Deze kan in deze situatie het idee krijgen dat zijn kind van zijn betaling ‘niet beter’ wordt.

Uit een onderzoek onder 23 gemeenten uit 2001 door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is geschat dat slechts verhaal wordt gerealiseerd bij 22% van de eenoudergezinnen in de bijstand waar sprake is van een onderhoudsplichtige. Op basis van datzelfde onderzoek blijkt het gemiddelde bedrag € 130 per maand te zijn, ongeveer € 27 miljoen op jaarbasis. Het ministerie schat dat circa de helft van dat verhaalde bedrag opgaat aan uitvoeringskosten voor verhaalsactiviteiten door gemeenten.⁴²

³⁹ Art. 13 Invoeringswet Wet Werk en Bijstand, *Stb.* 2005/625. Tot invoering van Art. 56, 61 en 62 van de Wet Werk en Bijstand kan worden verhaald overeenkomstig de Art.en 92 2° en 3° lid, tot en met 105 en 141 van de Algemene Bijstandswet.

⁴⁰ Art. 96 Algemene Bijstandswet jo. art. 231 Gemeentewet.

⁴¹ Bij het Wetsvoorstel Wet herziening kinderalimentatiestelsel (zie par. 6.4.1.) werd door middel van gelijktijdige inwerkingtreding van art. 56 Wet Werk en Bijstand een verplichting tot vaststelling en invordering van kinderalimentatie opgelegd, met als sanctie een verlaging van de uitkering.

⁴² Gegevens onderzoek ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ontleend aan Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft, Interdepartementaal beleidsonderzoek, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid: 2002, p. 21.

4.6 Extra bevoegdheden voor het LBIO?

4.6.1 Algemeen

Er is dus een maatschappelijke taak voor het LBIO als overheidsorganisatie. Dit ligt besloten in het feit dat er een groot aantal gevallen zijn waarin zich problemen voordoen bij de betaling van de kinderalimentatie, het feit dat het normale executietraject voor de alimentatiegerechtigde aanzienlijke hindernissen opwerpt, en bij niet-betaling van kinderalimentatie vaak afwenteling op het collectief zal plaatsvinden. Dit laat de vraag open of er mogelijkheden zijn om de organisatie met minder kosten toe te laten komen, en of deze mogelijkheden moeten worden gezocht in aanpassing van de werkwijze van de organisatie of eventueel aanpassing in de onder- en achterliggende regelgeving.

4.6.2 Eigen deurwaarders?

Zoals hiervoor is aangegeven heeft het LBIO een aantal wettelijke bevoegdheden en informatierechten, waaronder de mogelijkheid tot vereenvoudigde beslaglegging. Bij de bespreking van de uitoefening van deze bevoegdheden bleek al dat jaarlijks een groot aantal zaken toch in handen van een deurwaarder moeten worden gesteld, en dat hiermee oninbare kosten worden veroorzaakt.

De vraag die hierbij aan de orde kan worden gesteld is de volgende: Is het niet verstandig om bij wet te bepalen dat het LBIO zal mogen invorderen via door de organisatie zelf aan te stellen deurwaarders? Wij zien een dergelijke constructie ook bij de belastingdeurwaarder, welke exclusief is belast met de invordering door de fiscus, of de zojuist genoemde gemeentedeurwaarder. Op deze wijze worden de kosten ‘binnenshuis’ gehouden en behoeft niet aan derden te worden betaald terwijl daar geen resultaat tegenover staat.

Deze oplossing is echter niet probleemloos. In tegenstelling tot de kantoren van de Belastingdienst, die regionaal door ons land zijn verspreid, bevindt het kantoor van het LBIO zich centraal in ons land, namelijk in Gouda. Als de desbetreffende deurwaarders ‘in loondienst’ hun werkzaamheden vanuit een centraal punt moeten verrichten, dan speelt niet alleen het punt van de afstand (immers alimentatieplichtigen bevinden zich van Groningen tot Maastricht), maar ook het punt van de plaatselijke – van belang zijnde – kennis. Deze kennis bestaat uit van belang zijnde informatie als: in welke buurt is het adres gelegen, is dat een goede buurt of juist niet, oefent betrokkene wellicht zakelijke activiteiten uit, is eerder gebleken dat betrokkene elders voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen bezit?

Afgewogen zal moeten worden of het voordeel – een forse besparing op de bijna € 600.000 aan oninbare deurwaarderskosten – opweegt tegen de kosten

van de in dienst te nemen en op te leiden deurwaarders, en de achterstand in benodigde specifieke plaatselijke kennis.

Het LBIO geeft desgevraagd aan de wens tot eigen deurwaarders niet te hebben. Ervaring bij andere organisaties leert dat aansturing van deze ‘buitendienstmedewerkers’ voor de organisatie een zware belasting is, en dat om deze reden – en om reden van het missen van de kennis ter plaatse – de organisatie deze constructie niet wenst.

4.6.3 Verrekening?

Het LBIO gaf aan dat wordt onderzocht in hoeverre verrekening kan plaatsvinden met door bijvoorbeeld de Belastingdienst in de vorm van de diverse Toeslagen (Zorg- en Huurtoeslag) uit te keren bedragen en de door het LBIO in behandeling zijnde vordering tot kinderalimentatie. Gezien echter de hier in het geding zijnde belangen (zorg en wonen jegens verplichting tot levensonderhoud) dient hier nog een beslissing over te worden genomen.

Hierop inhakend heb ik de vraag voorgelegd of wel verrekening plaatsvindt met een door de Belastingdienst aan een alimentatieplichtige uit te betalen teruggave inkomstenbelasting en een door het LBIO uit te voeren inning kinderalimentatie. Deze verrekening vindt niet plaats. In die situatie zal men derdenbeslag moeten leggen via de gerechtsdeurwaarder, omdat het vereenvoudigde beslag alleen geldt voor periodieke inkomsten. Verrekening zou een kostbare executiehandeling voorkomen.⁴³

4.6.4 Uitbreiding taken en bevoegdheden

Recentelijk is door onze wetgever eveneens gedacht aan extra bevoegdheden voor het LBIO, maar dan die op het gebied van vaststelling van de kinderalimentatie. In het wetsvoorstel dat zou moeten leiden tot invoering van de Wet herziening kinderalimentatiestelsel, werd aan het LBIO tevens de bevoegdheid gegeven tot vaststelling van de kinderalimentatie, op basis van wettelijk vastgestelde forfaitaire bedragen.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel was dat een oplossing moest worden gevonden voor het feit dat bijvoorbeeld in 2004 bij 43-65% van de alleenstaande moeders met minderjarige kinderen geen onderhoudsbijdrage voor de kinderen is vastgesteld. De reden hiervoor is deels dat geen bijdrage wordt gevraagd of dat op basis van de huidige berekeningsmaatstaf tot onvoldoende draagkracht van de alimentatieplichtige wordt geconcludeerd.⁴⁴ Het wetsvoor-

⁴³ De vermelde gegevens en reacties van het LBIO vermeld in par. 6.2 en 6.3 werden verkregen tijdens een gesprek dat plaatsvond op 21 maart 2007 met de heren L.D. de Bakker RA, directeur, en L. Nobels, kwaliteitsadviseur, van het LBIO.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 8, p. 7.

stel ging uit van het standpunt dat ouders in de eerste plaats verantwoordelijk zijn en blijven – ook financieel – voor hun kinderen.

Dit wetsvoorstel is ontstaan uit het Interdepartementaal Beleidsonderzoek: *Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft*. Uitgangspunten van dat onderzoek zijn:

- een gelijke verantwoordelijkheid van beide ouders;
- het waarborgen van de financiële rechten van het kind;
- ontvlechting van de financiële belangen van de ouders;
- maar ook:
- de naleving van de onderhoudsplicht ten aanzien van onderhoud en verzorging van het kind.⁴⁵

Het beleidsonderzoek ging uit van een nieuw op te richten intermediair die tot – in principe – éénmalige vaststelling en inning van de kinderalimentatie zou overgaan. Het beleidsonderzoek bevatte ook een variant waarbij voor de verschillende levensfasen van het kind (bijv. 4, 12 en 18 jaar) tot nieuwe vaststelling zou kunnen worden overgegaan.⁴⁶

Het wetsvoorstel is uitgegaan van het uitbreiden van de bevoegdheden van het LBIO met die tot vaststelling van de kinderalimentatie, met name ook gezien de ervaring van deze organisatie met de inning van kinderalimentatie.⁴⁷ Vaststelling door de rechter van kinderalimentatie als nevenvoorziening in een echtscheidingsprocedure en ingeval van een wijzigingsverzoek bleef mogelijk. Dit ook om te voorkomen dat in een echtscheidingsprocedure alleen voor vaststelling kinderalimentatie het LBIO moest worden benaderd, terwijl de rechter over alle andere aspecten zou kunnen beslissen.⁴⁸

4.6.4.1 Nieuwe berekeningsmethode

Het wetsvoorstel stelde voor om kinderalimentatie in beginsel eenmalig vast te stellen, door het LBIO danwel door de rechter. De aldus vastgestelde bedragen zouden jaarlijks worden geïndexeerd.⁴⁹ Berekening vindt thans plaats op basis van de zogenaamde tremanormen, waarbij wordt uitgegaan van de

⁴⁵ Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft, Interdepartementaal beleidsonderzoek, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid: 2002, p. 2-3.

⁴⁶ Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft, Interdepartementaal beleidsonderzoek, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid: 2002, p. 5.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 12.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 13.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 8.

behoefte van het kind en de draagkracht van de alimentatieplichtige.⁵⁰ De kinderalimentatie zou volgens het wetsvoorstel afhankelijk worden gesteld van het inkomen van de alimentatieplichtige ouder en het aantal kinderen dat in gezinsverband leeft. Het te betalen bedrag zou worden gebaseerd op de resultaten van CBS-onderzoek naar de kosten van minderjarige kinderen. Uit dat CBS-onderzoek is gebleken dat deze kosten berekend kunnen worden als een percentage van het besteedbaar inkomen.⁵¹

Met deze berekeningsmethode werd tegemoetgekomen aan gerezen bezwaren tegen de in het Interdepartementaal Beleidsonderzoek voorgestelde – strikt forfaitaire – berekening waarbij geen rekening werd gehouden met de draagkracht van de alimentatieplichtige ouder, terwijl ook zoveel mogelijk werd gewaarborgd dat het kind op een gelijk welvaartsniveau zou worden onderhouden.⁵²

Bij de huidige gehanteerde methode wordt alimentatie door de rechter van geval tot geval vastgesteld en wordt bij de draagkrachtberekening nog met verschillende kosten aan de zijde van de alimentatieplichtige rekening gehouden (hoge woonlasten, aflossing schulden). Kosten die dus voorgaan op de kinderalimentatie. Dit drukt de draagkracht, zodat er voor kinderalimentatie soms weinig overblijft. De verantwoordelijkheid wordt financieel in die gevallen overgelaten aan de verzorgende ouder. Ook blijven partijen met elkaar verbonden, doordat wijzigingen in de gezinssituatie van de alimentatieplichtige de draagkracht en daarmee de hoogte van de kinderalimentatie kunnen beïnvloeden.

Bij beschikbare forfaitaire bedragen zouden partijen ook eerder zelf, zonder tussenkomst van de rechter of eventueel het vaststellingsorgaan, tot afspraken omtrent alimentatie kunnen komen. Dit zou er toe bijdragen dat partijen financieel los van elkaar raken. Rechterlijke tussenkomst zal dan minder vaak nodig zijn.⁵³

4.6.4.2 Besparingen door nieuwe berekeningsmethode en vaststelling door LBIO

Met de voorgestelde wijzigingen zou een aanzienlijke besparing kunnen worden bereikt op de bijstandsuitgaven, aldus de memorie van toelichting op dit wetsvoorstel.

⁵⁰ J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 627; *Rapport alimentatienormen (Tremarapport) 2006 van de werkgroep alimentatienormen van de NVvR*, Arnhem: januari 2006.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 9.

⁵² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 9.

⁵³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 8-10.

In het Interdepartementaal Beleidsonderzoek werd nog de nadruk gelegd op de besparing die zou kunnen worden bereikt op de kosten gemoeid met de rechterlijke macht, nu deze zich – in eerste instantie – niet meer zou behoeven bezig te houden met de vaststelling van kinderalimentatie.⁵⁴ Het wetsvoorstel legde die nadruk niet.

In het Interdepartementaal Beleidsonderzoek wordt ook nog de aandacht gevestigd op het belang van inzichtelijkheid en transparantie in de vaststelling van de alimentatie. De mate van naleving hangt immers samen met de handhaafbaarheid, transparantie en ervaren legitimiteit van de normen. Transparantie zou de naleving van de alimentatieverplichting vergroten. Als normen te ingewikkeld zijn dan zal dat tot conflicten leiden. Naleving hangt ook weer samen met de handhaving. Als de alimentatiegerechtigde een laagdrempelige organisatie kan inschakelen om de alimentatie af te dwingen, dan bevordert dit de naleving, aldus het onderzoek.⁵⁵

De voorgestelde regeling beoogde dat de niet-verzorgende ouder in meer gevallen dan nu het geval is een financiële bijdrage levert aan de kosten van verzorging en opvoeding. Door de voorgenomen berekeningswijze zou in veel meer gevallen kinderalimentatie moeten worden voldaan (hoge woonlasten en aflossing van schulden kunnen de draagplicht niet meer drukken), zodat bij daadwerkelijke betaling hiervan (door de grotere acceptatie van de norm gecombineerd met een laagdrempelige handhavingsorganisatie) minder aan bijstandsuitkeringen behoefde te worden betaald.⁵⁶ Ook werd verwacht dat meer alimentatiegerechtigden uit de bijstand zouden uitstromen, nu de combinatie van kinderalimentatie en een deeltijdbaan voor hen een beter inkomen en meer mogelijkheden zou bieden. De Wet Werk en Bijstand zou door middel van artikel 56 ook worden voorzien van een artikel dat een bijstandsgerechtigde zou verplichten om kinderalimentatie te regelen, zo nodig door middel van het LBIO. Die organisatie zou dan vaststelling en inning regelen. Bijstandsverhaal door de gemeente zou dan niet meer behoeven te geschieden. De gemeente zou – als geen aanvraag tot vaststelling van kinderalimentatie zou worden ingediend – de bijstandsuitkering mogen verlagen.⁵⁷

⁵⁴ Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft, Interdepartementaal beleidsonderzoek, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid: 2002, p. 44. Er werd een besparing op de kosten van de rechterlijke macht tussen de € 2,3 en € 5 miljoen per jaar voorzien.

⁵⁵ Het kind centraal: verantwoordelijkheid blijft, Interdepartementaal beleidsonderzoek, Eindrapport van de werkgroep alimentatiebeleid: 2002, p. 27.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 3, p. 7-8.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 8, p. 6: beoogd werd Art. 56 van de Wet Werk en Bijstand gelijktijdig in werking te laten treden met de Wet herziening kinderalimentatiestelsel (zie ook noot 41).

4.6.4.3 Intrekking wetsvoorstel

Het is echter niet zover gekomen. Op 9 november 2006 werd het wetsvoorstel door Minister van Justitie Hirsch Ballin ingetrokken, omdat er onvoldoende draagvlak bestond voor het voorgestelde forfaitaire systeem van vaststelling van kinderalimentatie. De Minister stelde te hebben vernomen dat de werkgroep alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak een aanscherping van de Tremanormen voor kinderalimentatie ter hand heeft genomen.⁵⁸ Bestudering van de kamerstukken over het wetsvoorstel leert dat diverse partijen veel moeite hadden met het loslaten van de vaststelling van kinderalimentatie volgens de zogenaamde maatwerk-methode (via de tremanormen) en daarvoor de forfaitaire berekening in de plaats te stellen. Ook de gewijzigde wetgeving omtrent verhaal van bijstand riep de nodige weerstand op. Met name omdat nu een plicht zou gaan bestaan om alimentatie te innen voor de bijstandsgerechtigde, die daarmee tegenover de alimentatieplichtige zou komen te staan. In scheidingsbemiddelingskwesties zou dit tot problemen leiden, zo was de vrees.⁵⁹

4.7 Vergelijking met buitenland

4.7.1 Algemeen

De hierboven beschreven problematiek speelt niet alleen in Nederland. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Wet herziening kinderalimentatiestelsel is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer ook aandacht besteed aan de vraag hoe de inning van kinderalimentatie elders is geregeld. Daaruit is gebleken dat er in België en Noorwegen een instantie bestaat voor inning van partner- en kinderalimentatie. In Australië werd in 1988 de CSA (Child Support Agency) opgericht om het kinderalimentatiestelsel uit te voeren, nu was gebleken dat vaststelling via de rechter niet werkte in het voordeel van gescheiden ouders en hun kinderen. Vaststelling vindt daar plaats op basis van een percentage van het belastbaar inkomen na aftrek van een bedrag voor levensonderhoud. In de Verenigde Staten heeft men dit systeem overgenomen, doch daar zijn veel verschillen in regeling per staat. Sommige staten baseren het bedrag aan kinderalimentatie op het inkomen van beide ouders, andere alleen op dat van de niet-verzorgende ouder. Aan de bemiddeling door de organisatie zijn over het algemeen kosten verbonden voor de alimentatiegerechtigde. De voor- en nadelen van een bepaalde methode voor vaststelling en inning van kinderalimentatie laten zich moeilijk bepalen. Lijkt het hierboven beschreven

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 480, nr. 15.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 480, nr. 14; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 480, nrs. 9, 11 en 12.

systeem voor Australië en de Verenigde Staten succesvol, in Engeland was dit niet het geval.⁶⁰ De situatie aldaar is van belang om nader bij stil staan.

4.7.2 *De situatie in Engeland*

In Engeland werd de CSA-methode in 1993 effectief overgenomen en leidde de implementatie tot een fiasco.⁶¹ Deze organisatie werd in dat jaar opgericht om kinderalimentatie vast te stellen, te innen en eventueel af te dwingen. Geconstateerd werd dat het tot die tijd geldende systeem van inning van onderhoudsbijdrage via de rechter het vertrouwen van ouders had verloren. Het nieuwe systeem moest betere ondersteuning voor kinderen en gezinnen bieden door er voor te zorgen dat ouderlijke verantwoordelijkheden beter konden worden afgedwongen. De CSA worstelt echter met het administreren van complexe regelgeving op het gebied van kinderalimentatie en de vaak emotionele omstandigheden waardoor de ouders worden beïnvloed in het geval van inning/tenuitvoerlegging van kinderalimentatie. Dit resulteert er in dat van de 1,4 miljoen in behandeling zijnde zaken bij de CSA in september 2006, slechts 750.000 niet-verzorgende ouders kinderalimentatie moesten betalen, en dat van deze 750.000 slechts 455.000 daadwerkelijk betaalden hetzij via de CSA of direct.⁶²

4.7.2.1 Voorstellen tot verbetering in Engeland

Om die reden is in december 2006 een White Paper ingediend bij het parlement, een voorstel tot grote hervorming, waarvan de vier speerpunten zijn:

1. bestrijding armoede bij kinderen door niet-betaling van kinderalimentatie;
2. stimulering ouderlijke verantwoordelijkheid door ouders in staat te stellen hun eigen onderhoudsafspraken te maken, met sterke overheidshandhaving als dat niet gebeurt, zoals het intrekken van rijbewijzen en het zogenaamde naming and shaming: publicatie van de gegevens van partijen waartegen succesvol is opgetreden, bijvoorbeeld op de website van de organisatie;
3. het verstrekken van een kosteneffectieve en professionele service om de alimentatiebetaling te doen plaatsvinden op de voor de belastingbetaler meest efficiënte wijze;
4. het simpel en transparant houden van het systeem zodat dit begrepen en geaccepteerd wordt door ouders en adviseurs en uit te voeren is door de organisatie.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 480, nr. 14, p. 18-19.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 480, nr. 14, p. 18-19.

⁶² *A new system of child maintenance, Department for Work and Pensions*: 13 december 2006, <http://www.dwp.gov.uk/childmaintenance/csa_report.pdf>.

Ook in Engeland zoekt men de oplossing in het laten van de verantwoordelijkheid daar waar deze hoort, namelijk bij de ouders, en het bieden van eenvoudige en transparante regelgeving op het gebied van vast te stellen alimentatie. Komen partijen er niet uit, dan moet de overheid een sterke handhaving bieden.⁶³ Hier is zeker een parallel te zien met het thans ingetrokken wetsvoorstel tot invoering van de Wet herziening kinderalimentatiestelsel.

4.8 Conclusie

Overheidshandhaving van een verplichting tot kinderalimentatie mag dan op het eerste gezicht een wellicht wat vreemde wijze van handhaving van privaatrechtelijke rechten zijn, mijns inziens is met het bovenstaande aangetoond dat deze overheidsactiviteit zeker een maatschappelijk doel dient. De overheid beschermt door haar optreden de rechten en belangen van kinderen, die hiervoor zelf nog niet kunnen en mogen opkomen. De kosten van dit optreden – in mijn berekening ongeveer 26 cent per door het LBIO geïnde euro aan alimentatie – zijn niet exorbitant te noemen.

Het alternatief van afschaffing van het LBIO is niet aantrekkelijk, omdat te verwachten is dat niet-verzorgende ouders zich zonder deze handhaving eenvoudig aan hun wettelijke verplichtingen kunnen onttrekken. Immers, zoals aangetoond, het normale executierecht is eigenlijk nauwelijks toegankelijk voor de executerende alimentatiegerechtigde, die ook al eerst de gang naar de rechter heeft moeten maken.

Zoals hierboven aan de orde kwam, zijn extra executiebevoegdheden voor het LBIO op dit moment kennelijk niet de meest voor de hand liggende oplossing om eventueel de kosten van de overheidstaak terug te dringen. Gestreefd zal moeten worden naar het aanpassen van de norm in de samenleving. Ouders moeten zich bewust blijven van hun verantwoordelijkheden, ook na het einde van een relatie.

De Wet herziening kinderalimentatiestelsel en het – daaraan ten grondslag liggende – Interdepartementaal Beleidsonderzoek hadden tot doel dit te bereiken door de berekening van de kinderalimentatie inzichtelijker en daardoor acceptabeler te maken en de ouders zo in staat te stellen zelf afspraken te maken. Ook zou de vaststelling volgens deze inzichtelijkere normen niet meer geschieden door de rechter, maar door een laagdrempeligere organisatie, namelijk het LBIO, waardoor – zo was de verwachting – meer kinderalimentatie zal worden gevraagd en vastgesteld.

Uit de vergelijking hierboven met de CSA in Engeland blijkt dat men ook aldaar een overheidstaak ziet ten aanzien van het vaststellen, innen en ten uit-

⁶³ *A new system of child maintenance*, Department for Work and Pensions: 13 december 2006, < http://www.dwp.gov.uk/childmaintenance/csa_report.pdf >.

voer leggen van kinderalimentatie en grote verwachtingen heeft van een inzichtelijkere berekeningsmethode, en acceptatie daardoor in de maatschappij.

In het licht van hetgeen hierboven is besproken denk ik zeker dat het in onze huidige maatschappij waarin éénuoudergezinnen eerder vaker dan minder voor zullen gaan komen, belangrijk is de vrijwillige betaling van kinderalimentatie met een sterke overheidshandhaving als uitgangspunt te nemen.⁶⁴

Als de niet-verzorgende ouder inzicht heeft in de samenstelling en basis van het bedrag dat hij moet betalen – zoals in het ingetrokken wetsvoorstel een op basis van een CBS-onderzoek naar de kosten van kinderen vastgesteld bedrag – dan zal hij daar mogelijk minder moeite mee hebben, dan wanneer het een volgens ingewikkelde normen vastgesteld bedrag betreft dat niet is te herleiden tot de persoonlijke situatie. Ook vaststelling voor langere tijd zal bevorderen dat partijen zich kunnen ontvlechten en ieder een eigen leven kunnen vervolgen.

Een overheidsbeleid dat dit mogelijk maakt en de rechten van het kind op onderhoud en verzorging door beide ouders – zij het door niet-verzorgende ouders slechts financieel – beschermt en waar nodig afdwingt, past in deze tijd waarin de overheid zich van haar maatschappelijke en sociale taak bewust is.⁶⁵

⁶⁴ Centraal Bureau voor de Statistiek, Voorburg/Heerlen, StatLine Databank 19-06-2007, Particuliere huishoudens naar samenstelling en grootte 1 januari, Eenouderhuishoudens, periode 1995-2006; Centraal Bureau voor de Statistiek, Voorburg/Heerlen, StatLine Databank 25-06-2007, Kerncijfers van de huishoudensprognose 2007-2050, Eenouderhuishoudens.

⁶⁵ Regeringsverklaring 1 maart 2007, kabinet Balkenende IV, vierde pijler: Sociale Samenhang, p. 10.

V Toegang tot het recht in perszaken: wat is de rol van de overheid?

Fleur van 't Laar

5.1 Inleiding

De pers speelt een belangrijke rol binnen een democratische samenleving. Persvrijheid is echter niet onbeperkt. Het komt geregeld voor dat de pers de reputatie of de privacy van personen schendt. In de praktijk blijkt het lastig om tegen deze schendingen op te treden. Formeel gezien kunnen gedupeerden hun recht halen, maar vaak wordt afgezien van een rechtszaak. Dit is niet zonder reden. Het strafrecht biedt geen uitkomst omdat er weinig vervolging plaatsvindt en van de klachten die worden vervolgd, leiden er maar weinig tot een veroordeling. Het tuchtrechtelijk optreden via de Raad voor de Journalistiek blijkt meestal niet effectief en ook aan de civiele procedure kleven een aantal nadelen. Dit brengt mij tot de hoofdvraag van mijn bijdrage, te weten welke rol de overheid kan en zou moeten spelen om de toegang tot het recht in perszaken te verbeteren. Daarbij is het van belang vooral te kijken naar die opties die enerzijds de positie van de benadeelde verbeteren, terwijl anderzijds de persvrijheid zo min mogelijk wordt belemmerd.

In paragraaf 2 komt de huidige toegang tot het recht, zoals die binnen het privaatrecht is geregeld, aan bod. Daarbij wordt ingegaan op de kosten- en batenanalyse die de benadeelde voor zichzelf maakt en de vraag of hij voldoende rechtsbescherming kan krijgen. Paragraaf 3 is verdeeld in een aantal subparagrafen die de opties ter verbetering van de toegang tot het recht in perszaken behandelen. Daarbij kan worden gedacht aan zelfregulering, het stimuleren van het gebruiken van preprocessuele middelen en het verbeteren van de civiele procedure. Vervolgens wordt in paragraaf 4 een evaluatie gegeven met daarin de visie van de auteur op de rol van de overheid hierbij.

5.2 Toegang tot het recht

5.2.1 Kosten- en batenanalyse

Om de toegang tot het recht voor de benadeelde te kunnen beoordelen, kan het best een kosten- en batenanalyse worden gemaakt. De benadeelde heeft de volgende middelen tot zijn beschikking: hij kan om rectificatie vragen, (immateriële) schadevergoeding eisen, een verklaring voor recht vorderen of de rechter verzoeken om een verbod tot herhaling van dezelfde of soortgelijke openbaarmaking als de gewraakte publicatie. Tot slot kan hij door middel van

een voorlopige voorziening proberen om een publicatie te voorkomen.¹ De vraag is of de benadeelde ook werkelijk iets heeft aan deze middelen.

Het vorderen van een verbod tot publicatie lijkt zeer aantrekkelijk voor de benadeelde. Als deze vordering wordt ingewilligd, wordt hierdoor (onherstelbare) schade voorkomen. Deze vordering wordt echter zeer zelden toegewezen in verband met de vrijheid van meningsuiting.² Ook is de benadeelde vaak niet op de hoogte van de publicatie waardoor hij niet (tijdig) een verbod kan vorderen. Bij een verbod op herhaling van de gewraakte publicatie, loopt de benadeelde achter de feiten aan. De schade is immers al aangericht, zodat deze hooguit kan worden beperkt.³

Het is van belang dat een eventuele rectificatie snel volgt. De oorspronkelijke bewering moet immers nog vers in het geheugen van het publiek liggen. Een rectificatie is niet altijd zinvol. Zo kan niet alles worden gerectificeerd (schending van privacy is niet te rectificeren), raakt niet iedereen op de hoogte van de rectificatie (mede door de soms summiere berichtgeving van de rectificatie), blijven sommigen het oorspronkelijke bericht geloven of vergeet men de rectificatie en onthoudt men alleen het oorspronkelijke bericht. Ook vestigt de rectificatie opnieuw de aandacht op het oorspronkelijke bericht, waardoor de schade voor de benadeelde alleen maar toeneemt.⁴

Immateriële schadevergoedingen die door de rechter worden toegekend, liggen veelal tussen de € 450 en € 9000.⁵ De rechter bepaalt deze aan de hand van de omstandigheden van het geval. Hierdoor weet de benadeelde niet precies welke vergoeding hij kan verwachten en dat belemmert hem in het maken van een betrouwbare kosten- en batenanalyse. De benadeelde doet er verstandig aan om naast de baten ook naar de kosten te kijken. Er is sprake van verplichte rechtsbijstand bij de gang naar de civiele rechter, een bodemprocedure duurt lang en er is een risico dat de wederpartij in hoger beroep gaat waardoor een procedure nog meer tijd en geld kost. Ook is de proceskostenveroordeling (bij het winnen van de zaak) meestal onvoldoende om alle kosten te dekken en leidt de lange duur van het proces tot verzwaring van de emotionele lasten en vaak tot meer publiciteit.⁶

¹ L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-16.

² G.A.I. Schuijt, 'VII. Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon', in: A.R. Bloembergen (red.), *Onrechtmatige daad*, Kluwer (losbl.), aant. 7 en 183. EHRM 26 november 1991, *NJ* 1992, 457 (*Spycatcher*); EHRM 17 juli 2001, *NJ* 2002, 444 (*Association Ekin*).

³ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 20 (zie noot 1).

⁴ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 16-17 (zie noot 1).

⁵ M. Jansen, *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag 2003, p. 186 e.v.; M.M.M. van Eechoud, 'De schadekant van het gelijk', *Mediaforum* 1999-13, p. 341-342.

⁶ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 22-23 (zie noot 1).

Uit het bovenstaande blijkt dat de baten veelal gering zijn en de kosten vrij hoog. Dit maakt het niet snel verantwoord om een procedure te beginnen. Hierdoor wordt de benadeelde belemmerd in zijn toegang tot het recht, in dit geval tot de civiele rechter.

5.2.2 *Onvoldoende rechtsbescherming*

De ongunstige uitkomst van de kosten- en batenanalyse brengt een aantal nadelige gevolgen met zich. De rechtspositie van de benadeelde is niet in balans met die van de media. Door de beperkte toegang tot het recht vanwege de ongunstige kosten- en batenanalyse is er geen sprake van een effectieve rechtsbescherming.⁷ Daarnaast is er door het geringe aantal procedures sprake van onvoldoende rechtsvorming. Hierdoor blijft de rechtsontwikkeling op dit gebied achter. Tevens is er sprake van een gebrek aan preventieve werking naar de media door de geringe kans op een procedure. De pers krijgt daardoor onvoldoende prikkels om een schikkingsvoorstel te doen en/of extra zorgvuldigheid in acht te nemen. De pers komt er vaak makkelijk mee weg.⁸

Argumenten tegen het verbeteren van de toegang van het recht zijn er ook. Deze zijn: ook andere zaken hebben een ongunstige kosten- en batenanalyse, de schade is veelal gering, het betreft meestal publieke figuren, de behoefte van de benadeelde om een procedure te starten is niet heel groot in perszaken en een verbeterde toegang kan een belemmerend effect op de pers hebben waardoor de vrijheid van meningsuiting teveel kan worden beperkt.⁹

5.3 Opties ter verbetering van de toegang tot het recht

5.3.1 *Inleiding*

Er zijn verschillende opties die kunnen worden overwogen om de toegang tot het recht te verbeteren. Ik bespreek de opties zelfregulering, preprocesuele middelen en de gang naar de civiele rechter.¹⁰ Per optie worden de knelpunten en mogelijke oplossing(en) behandeld. Voor een aantal opties ter verbetering van de toegang tot het recht is een bijdrage van de overheid vereist. De vraag

⁷ Art. 13 EVRM; EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376 (*Airey*); E. Dommering e.a., 'Klachten over mediapublicaties. Een onderzoek naar de mogelijkheden van eenvoudig toegankelijke niet-rechterlijke procedures', *Mediaforum* 2007-5, p. 8; 'Kabinetsreactie op adviezen RMO en ROB over politiek en media' van 12 juli 2004, p.10-11.

⁸ L.R. van Harinxma thoe Slooten, 2006, p. 24-33 (zie noot 1).

⁹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 35 (zie noot 1); A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen 1997, p.332 e.v.

¹⁰ L.R. van Harinxma thoe Slooten, 'Snel en goedkoop procederen tegen de media', *NJB* februari 2005-7, p. 340-347.

die hierbij aan de orde komt, is of een bijdrage van de overheid wel gerechtvaardigd is, gelet op de verhouding tussen overheid en pers. In de evaluatie zal ik daarop ingaan.

5.3.2 Zelfregulering

5.3.2.1 Algemeen

In deze paragraaf ga ik in op het aspect van de zelfregulering. Hierbij kan de vraag gesteld worden of door zelfregulering de toegang tot het recht wel kan worden verbeterd. Zelfregulering kan bijdragen aan het voorkomen van schendingen van privacy of reputatie door een verhoging van het kwaliteitsbewustzijn van de pers en het oog hebben voor de belangen van derden die door bepaalde uitingen geschaad zouden kunnen worden. Ook een geschillencommissie voor de bedrijfstak kan de toegang tot het recht verbeteren. In paragraaf 3.3.5 ga ik nader in op deze problematiek.

Vanwege de belangrijke maatschappelijke functie van de pers zijn controlemechanismen in het leven geroepen – zoals codes voor de beroepsuitoefening van journalisten, visitaties, persombudsmannen – die het handelen van de pers beïnvloeden.¹¹ Het aanscherpen van deze controlemechanismen heeft tot doel de kwaliteit van de berichtgeving te optimaliseren en daarnaast de reputatie of privacy van personen over wie wordt bericht, beter te beschermen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) is voorstander van het verbeteren, versterken en ondersteunen van de zelfregulering.¹² Ook de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO) en de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) hebben voorstellen gedaan om de zelfregulering te verbeteren.¹³ Dit is neergelegd in de rapporten ‘Mediabeleid’ (RMO) en ‘Politiek en Media’ (ROB).

Naar aanleiding van het verschijnen van deze rapporten heeft overleg tussen de verschillende vertegenwoordigers van de media plaatsgevonden. De pers heeft naar aanleiding hiervan besloten om de Raad voor de Journalistiek te versterken en een Nieuwsmonitor en Debattenbureau op te richten. Dit zijn middelen om het kwaliteitsniveau en de zelfreflectie van de pers te verbeteren. De reactie van het kabinet op de rapporten van de RMO en ROB is dat de overheidsbemoeienis beperkt moet blijven tot een versterking van de zelfregulering.¹⁴ In 2006 heeft het kabinet een verdergaan-

¹¹ G. Schuijt, ‘Leidraad biedt raad’, *Mediaforum* 2007-5, p. 145.

¹² Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstig mediabeleid*, Amsterdam 2005, p. 138-140.

¹³ Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, *Medialogica. Over het krachtenveld tussen burgers, media en politiek*, Den Haag 2003; Raad voor het Openbaar Bestuur, *Politiek en media. Pleidooi voor een LAT- relatie*, Den Haag 2003.

¹⁴ ‘Kabinetsreactie op adviezen RMO en ROB over politiek en media’ van 12 juli 2004.

de stap gezet in reactie op het rapport van de WRR door nader onderzoek te laten doen naar een verbetering van de rechtspositie van mediaslachtoffers.¹⁵

5.3.2.2 Raad voor de Journalistiek

Een controlemechanisme is het klachtrecht bij de Raad voor de Journalistiek. De benadeelde kan een klacht indienen over een journalistieke gedraging, waarbij de hulp van een advocaat niet is vereist. Het oordeel van de Raad over de klacht is niet bindend, maar wordt wel gepubliceerd in het vakblad *De Journalist*.¹⁶ De Raad beoordeelt of er beroepsnormen zijn overschreden,¹⁷ maar kan geen sancties opleggen.¹⁸ Doordat de Raad geen sancties kan opleggen, werkt een uitspraak van de Raad niet erg preventief. Daarnaast is de Raad niet onafhankelijk en kunnen media die weigeren zich aan te sluiten bij de Raad hiertoe niet worden gedwongen, waardoor klachten tegen deze media niet in behandeling worden genomen.¹⁹ Evenmin staat tevoren vast dat het betrokken medium de uitspraak van de Raad zal publiceren. Ook de commissie-Dommering is van mening dat een klachtprocedure bij de raad veel nadelen kent.²⁰ In zijn recente proefschrift oordeelt Mentink kritisch over de klachtprocedure bij de Raad en het toetsingskader dat de Raad hanteert, waarbij primair het journalistieke handelen wordt beoordeeld, waardoor de Raad de neiging heeft aan het laatste belang meer gewicht toe te kennen dan aan het belang van de benadeelde.²¹

Om de Raad voor de Journalistiek te versterken, zou de Raad over een ruimer budget en meer menskracht moeten beschikken. Voor een beperkte periode is hierin voorzien. Hierdoor kunnen uitspraken van de Raad over klachten sneller plaats vinden. Dit ruimere budget is van tijdelijke aard. De raad zou ook onafhankelijker moeten worden. Dit is echter moeilijk te verwezenlijken, want de Raad komt voort uit de journalistieke branche en is mede in het leven geroepen ter behartiging van de belangen van de media. Daarnaast zou een moreel appel op alle media kunnen worden gedaan om zich aan te sluiten bij de Raad en dit vast te leggen in hun statuten. Dit zou zorgen voor een groter bereik en draagvlak en meer effectiviteit van de uitspraken van de Raad. Betwijfeld moet echter worden of een beroep om aan te sluiten bij de Raad voor persorganen die daarvan tot op heden het nut niet inzagen, effect zal hebben. Een wettelijke verplichting, via een Perswet, is ingrijpend en mede in het licht

¹⁵ L. R. van Harinxma thoe Slooten & M. Barendrecht, 'Rapport "Klachten over media-publicaties": no nonsense, bij de tijd en inspirerend. Maar hoe nu verder?', *Mediaforum* 2007-5, p. 153-154.

¹⁶ Art. 10 lid 4 van het Reglement.

¹⁷ Art. 3 lid 1 van de Statuten.

¹⁸ L.R. van Harinxma thoe Slooten, 2006, p. 59 (zie noot 1).

¹⁹ Art. 10 lid 2 van de Statuten.

²⁰ E. Dommering e.a. 2007, p. 11 (zie noot 7).

²¹ J. Mentink, *Veel raad, weinig baat* (diss. Universiteit Leiden), Rotterdam: Ad. Donker 2006, p. 131.

van de terughoudendheid om de bedrijfsorganisatie publiekrechtelijk te organiseren, een grote stap.

Een laatste verbetering zou zijn het openen van de mogelijkheid tot het opleggen van sancties door de Raad. Dit zal voor de benadeelden een verbetering opleveren, maar wanneer de Raad de bevoegdheid krijgt om sancties op te leggen, dan moeten zaken mede aan de hand van juridische normen in plaats van beroepsnormen worden beoordeeld. Een argument tegen het creëren van de bevoegdheid tot het opleggen van sancties door de Raad is dat de benadeelde, wanneer hij een bindende uitspraak wil, altijd naar de civiele- of eventueel de strafrechter kan stappen. Voorts kan worden verwacht dat de bereidheid om zich vrijwillig te onderwerpen aan oordelen die vergezeld kunnen gaan van sancties opgelegd door de Raad, bij een aantal media zal afnemen.²² Hierdoor versmalt het draagvlak voor de Raad.

De commissie-Dommering komt in haar rapport tot een genuanceerd beeld van de werking van de Raad: zij erkent dat de functie van de Raad onduidelijk is, namelijk balancerend tussen 'geschilbeslechter' tussen een benadeelde en een medium en 'tuchtrechter' inzake de handhaving van professionele beroepsnormen. Positief worden beoordeeld de laagdrempeligheid van de procedure, het kunnen procederen met weinig media-aandacht en het functioneren als 'voorportaal' voor de toegang tot de rechter.²³ De commissie wijst erop dat het secretariaat van de Raad de facto steeds meer functioneert als een eerstelijns advies- en verwijzingsdienst, die potentiële klagers informeert, soms adviseert hun klacht nog eens te heroverwegen en in andere gevallen adviseert rechtstreeks naar de civiele rechter te stappen.²⁴ In paragraaf 3.3.5 ga ik nader in op de betekenis die de Raad zou kunnen krijgen in het kader van beslechting van geschillen door een geschillencommissie.

5.3.2.3 De markt

Een ander mogelijk controlemechanisme in het kader van de zelfregulering is de marktwerking. De concurrentie tussen de media om marktaandeel zou daarbij een stimulans vormen voor verhoging van de kwaliteit. De kwaliteitspers kan zich geen grote missers permitteren vanwege de kans op imagoschade en verlies aan geloofwaardigheid. In vele branches heeft marktwerking een positief effect op de geleverde kwaliteit. Toch werkt de markt bij de media anders. Schokkende onthullingen liggen goed bij het publiek en trekken aandacht van lezers en kijkers. Om een primeur te brengen en daarmee media-aandacht en publieksaandacht te krijgen, is snelle berichtgeving, met de kans op fouten, onzorgvuldigheden en een beperkt horen van betrokkenen, noodza-

²² L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 60-68 (zie noot 1).

²³ E. Dommering e.a. 2007, p. 10-11 (zie noot 7).

²⁴ E. Dommering e.a. 2007, p. 11 (zie noot 7).

kelijk. Een deel van het publiek is niet op zoek naar kwalitatief goede berichtgeving en wil primair vermaak, bijvoorbeeld de lezers van roddelbladen. Het persorgaan dat deze laatste doelgroep bedient, wordt niet of nauwelijks gestimuleerd tot het leveren van kwalitatief goede berichtgeving. Missers of rechterlijke uitspraken die dwingen tot rectificatie, leiden er toe dat deze media nog meer aandacht krijgen en zullen niet aanzetten tot een structureel andere journalistieke aanpak.²⁵

Op grond van het bovenstaande zou ik de conclusie willen trekken dat zowel voor de kwaliteitsmedia als voor de niet-serieuze roddelpers, marktwerking geen geschikt middel is om bij te dragen aan kwalitatief goede berichtgeving en daarmee bescherming tegen aantasting van reputatie en privacy. Deze constatering kan een aanknopingspunt bieden voor overheidshandelen met betrekking tot de media, daar waar op andere terreinen marktwerking handelen van de overheid overbodig of ongewenst maakt.

5.3.3 *Preprocessuele middelen*

5.3.3.1 Inleiding

Veel zaken worden door partijen opgelost. Uit onderzoek naar geschilbeslechting in het algemeen blijkt dat slechts 4% van de geschillen door de rechter worden beslecht, terwijl in het merendeel van de gevallen partijen zelf hun geschil oplossen.²⁶ Bij perszaken worden middelen gebruikt als: een verzoek tot rectificatie of aanvulling, waarvoor sommige persorganen een speciale rubriek hebben, het plaatsen van een ingezonden stuk in de krant of op internet door een benadeelde, een gesprek met de redactie, die verantwoordelijk was voor de publicatie of juist met een ander medium om daarin het eigen 'verhaal' te kunnen doen, het plaatsen van een advertentie met de eigen inzichten. Mede gelet op de hiervoor getrokken conclusie dat de toegang tot het recht in perszaken beperkingen kent en het geringe aantal zaken die jaarlijks aan de rechter of de Raad voor de Journalistiek worden voorgelegd, is het reëel te veronderstellen dat veel zaken buiten de rechter om worden opgelost of dat in de publicatie wordt berust.²⁷ Een regeling in der minne past in de opvatting van het kabinet dat burgers moeten proberen hun problemen zoveel mogelijk zelf op te lossen. Hierbij kunnen preprocesuele middelen behulpzaam zijn. Ik bespreek vier soorten preprocesuele middelen, namelijk mediation, het uitwisselen van standpunten (het 'pre-action' protocol in Engeland), het schikkingsaanbod en de geschillencommissie.

²⁵ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 62-63 (zie noot 1).

²⁶ B.C.J. van Veldhoven & M. J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003*, Den Haag 2004, p. 14.

²⁷ Enkele tientallen gepubliceerde zaken per jaar bij de rechter en een tot circa 100 zaken per jaar oplopend aantal bij de Raad voor de Journalistiek. Zie: J. Mentink 2006, p. 77 (zie noot 21).

5.3.3.2 Mediation²⁸

Mediation wordt regelmatig toegepast wanneer de onderlinge communicatie tussen twee (zaken)partners of tussen een werkgever en een werknemer verstoord is geraakt. Een juridische beslissing zou niet goed het werkelijke geschil oplossen omdat de achterliggende belangen daarbij niet aan de orde komen. Voor partijen die een duurzame relatie hebben, is het belangrijk een werkbare verhouding ook voor de toekomst na te streven. Bij mediation proberen partijen onder leiding van een gekwalificeerde buitenstaander (de mediator) hun geschil bespreekbaar te maken en zelf een oplossing daarvoor te vinden. De mediator bewaakt het proces, maar draagt niet zelf oplossingen aan. Ook bij geschillen over berichtgeving kan mediation zinvol zijn. Zo kunnen wederzijdse irritaties worden uitgesproken en afspraken voor de toekomst worden gemaakt. Mediation is vooral geschikt bij perszaken waarbij het voor de benadeelde voldoende is dat het persorgaan begrip toont voor het leed van de benadeelde en herhaling wordt voorkomen. Dit betreft vooral eenvoudige zaken. Mediation is niet geschikt wanneer de verhoudingen tussen de partijen grondig zijn verstoord, zoals bij bewuste schending van de privacy of reputatie door een persorgaan uit commerciële motieven.²⁹ Kwantitatieve of kwalitatieve gegevens over het effect van mediation bij perszaken zijn mij echter niet bekend. Mediation werkt sneller en is voor de overheid en de betrokkenen goedkoper dan een gerechtelijke procedure. Sinds 1 april 2005 subsidieert de Minister van Justitie mediation gedeeltelijk, indien de rechter de zaak verwijst.

5.3.3.3 Het uitwisselen van standpunten

Een preprocesueel middel zou kunnen zijn het tussen partijen verplicht uitwisselen van informatie en standpunten. Hierdoor wordt voorkomen dat informatie wordt achtergehouden, waardoor een schikking wordt belemmerd. In Engeland is dit al ingevoerd door middel van het zogenaamde 'pre-action' protocol.³⁰ Een daarmee vergelijkbare regeling zou wellicht ook in Nederland kunnen worden ingevoerd. De 'pre-action' protocollen lijken in Engeland tot een meer open en coöperatieve houding van partijen te leiden. Ook komen

²⁸ Over mediation is een afzonderlijke bijdrage in dit boek opgenomen van de hand van M.H. Bil, waarnaar hier wordt verwezen.

²⁹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 85-87 (zie noot 1).

³⁰ P. Milma & W.V.H. Rogers (eds), *Gatley on libel and slander*, 10th ed., Sweet & Maxwell: London 2004, p. 759-762; L. Plant, W. Rose, S. Sime & D. French, *Blackstone's Civil Practise*, Oxford University Press 2004, p. 87-88; P. Loughlin & S. Gerlis, *Civil Procedure*, Lavendish Publishing London 2004, p. 91-92.

partijen eerder tot een schikking.³¹ De overheid zou het uitwisselen van informatie en standpunten volgens het Engelse ‘pre-action’ protocol kunnen stimuleren en overgaan tot het opstellen van een protocol voor de Nederlandse situatie bij geschillen over schending van de reputatie en privacy. Door openheid over de feiten en het bewijs kunnen de pers en de benadeelde de positie van de ander beter inschatten. Dit bevordert de totstandkoming van een schikking. Tegenwoordig gelden soortgelijke verplichtingen al bij het begin van een civiele procedure, waardoor partijen vrij snel in de procedure hun bewijsposities kenbaar moeten maken.³² Bij het niet nakomen van de verplichting tot het uitwisselen van informatie, standpunten of andere verplichtingen kan als sanctie in een vervolprocedure worden gedacht aan het doen van beklag daarover bij de rechter die de zaak behandelt, zodat de niet nakomende partij daarmee wordt geconfronteerd in die procedure. Een andere mogelijkheid zou zijn dat de rechter de bevoegdheid krijgt om financiële sancties op te leggen door de niet nakomende partij in de proceskosten te veroordelen.³³

5.3.3.4 Schikkingsaanbod

Een tweede preprocesueel middel, naar Engels voorbeeld, is het doen van een schikkingsaanbod.³⁴ Beide partijen kunnen een schikkingsaanbod doen dat betrekking heeft op de gehele vordering of een deel daarvan. Mocht een van de partijen het aanbod afwijzen en in een vervolprocedure bij de rechter in het ongelijk worden gesteld, beoordeeld naar de inhoud van het schikkingsaanbod, dan wordt hij veroordeeld tot betaling van alle proceskosten.³⁵ Dit stimuleert de bereidheid om in een vroeg stadium te schikken.

Wanneer er sprake is van reputatieschending kent Engeland nog een preprocesuele stimulans om te schikken. Dit is het ‘offer of amends’. Het persorgaan biedt dan aan om een rectificatie en verontschuldiging te publiceren eventueel met vergoeding van schade en kosten.³⁶ Bij gedeeltelijke acceptatie van het voorstel tot rectificatie en verontschuldiging, beslist de rechter over

³¹ The Lord Chancellor’s Department, *Emerging Findings. An early evaluation of the Civil Justice Reforms*, Report March 2001, par. 3.12 e.v. en 4.11; The Lord Chancellor’s Department, *Further Findings. A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms*, 2002, par. 3.13 e.v.; I.N. Tzankova & W.C.I. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims*, Den Haag 2003, p. 24-36.

³² Art. 111 lid 3 en 128 lid 5 Rv.

³³ Bij het niet nakomen van de protocollen zijn in het Verenigd Koninkrijk sancties mogelijk zoals een correctie van de gevorderde schadevergoeding of een (proces)kostenvergoeding. De rechter blijkt van deze mogelijkheden gebruik te maken. Zie voor voorbeelden: I.N. Tzankova, ‘De Civil Procedure Rules en de pre-action protocols van Lord Woolf. Richtsnoer voor de Nederlandse letselschadepraktijk?’, *TVP* 2001, p. 1-12.

³⁴ L. Plant, W. Rose, S. Sime & D. French 2004, p. 728-747 (zie noot 30); P. Loughlin & S. Gerlis 2004, p. 379-405 (zie noot 30).

³⁵ P. Milmo & W.V.H. Rogers (eds) 2004, p. 881-882 en p. 884-885 (zie noot 30).

³⁶ P. Milmo & W.V.H. Rogers (eds) 2004, p. 881-882 en p. 886 (zie noot 30).

het resterende deel. Accepteert de benadeelde het voorstel in zijn geheel niet, dan mag het persorgaan het voorstel als verweer opvoeren in de gerechtelijke procedure, maar mag dan geen ander verweer voeren. Het aanbod mag slechts worden gebruikt om de hoogte van de schadevergoeding te proberen te matigen. Er wordt in Engeland regelmatig van deze regeling gebruik gemaakt.³⁷

Omdat het een illusie lijkt dat de vermaakspers of -media zich vrijwillig zouden willen onderwerpen aan bovenvermelde preprocesuele middelen, zou de wetgever aanvullende bepalingen zou moeten vaststellen over de betekenis van preprocesuele middelen in de civiele procedure. Hiervoor bestaat slechts draagvlak als ook op andere terreinen de wenselijkheid daarvan wordt gevoeld.

5.3.3.5 De geschillencommissie

Een derde preprocesueel middel is het instellen van een geschillencommissie. De instelling hiervan kan ook worden gezien als een vorm van zelfregulering, genoemd in par. 3.2.2. In ons land is een ruime ervaring opgedaan met geschillencommissies, vooral voor consumentenzaken. Het voordeel van een geschillencommissie is dat de procedure sneller verloopt, goedkoper is dan een gerechtelijke procedure en minder formaliteiten kent. De uitspraak van een geschillencommissie is een 'bindend advies' en te beschouwen als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Indien niet binnen twee maanden het bindend advies bij de rechter wordt aangevochten, geldt het als overeengekomen tussen partijen en kan de rechter nog slechts marginaal toetsen.

Perszaken verschillen echter van consumentenzaken in die zin dat het oordelen over de vrijheid van meningsuiting in relatie tot de grondrechten van anderen moeilijk is. Bij bespreking van de klachtenbehandeling door de Raad voor de Journalistiek is vermeld dat slechts een deel van de media hieraan meewerkt. Er bestaat weerstand bij de pers tegen beoordeling door een ander dan een vakkundige rechter. Daarom zal een persorgaan niet snel een geschil door een onafhankelijke geschillencommissie willen laten beslechten. Medewerking van beide partijen bij het gebruik maken van geschilbeslechting door een commissie is echter vereist. Een mogelijke oplossing, door Van Harinxma thoe Slooten gesuggereerd, zou zijn dat rechters die in het persrecht hun sporen hebben verdiend, als bindend adviseur optreden bij de commissie.³⁸

Door de commissie-Dommering zijn enkele niet-rechterlijke modellen geanalyseerd, waarbij ook gebruik is gemaakt van buitenlandse voorbeelden.³⁹ Daarbij zijn twee modellen voor klachtenbehandeling te onderscheiden: het

³⁷ P. Milmo & W.V.H Rogers (eds) 2004, p. 886 (zie noot 30).

³⁸ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 96 (zie noot 1).

³⁹ E. Dommering e.a. 2007, p. 12 (zie noot 7).

ombudsmanmodel en het model van een Raad voor de Journalistiek. Daarnaast heeft de commissie-Dommering gekeken naar enkele voorbeelden van in Nederland werkende geschillencommissies en de Consumentenautoriteit die in 2006 bij wet is ingesteld teneinde de wettelijke bepalingen inzake consumentenbescherming te handhaven. De commissie opteert voor een model waarbij een scheiding wordt gemaakt tussen de beoordeling van klachten en de handhaving van beroepsstandaarden.⁴⁰ Een persombudsman naar het voorbeeld in Zweden zou als voorportaal moeten fungeren voor de behandeling van klachten met een beroepsmogelijkheid op de Raad voor de Journalistiek.⁴¹

De persombudsman zal vooral een bemiddelende rol moeten spelen, maar hij kan ook zelf oordelen geven als bemiddeling niet slaagt. Indien een persorgaan een uitspraak in beroep gedaan door de Raad voor de Journalistiek, niet opvolgt, zou de persombudsman, in navolging van de regeling voor de Consumentenautoriteit, de bevoegdheid moeten hebben om via een verzoekprocedure bij de rechter, nakoming van de uitspraak van de Raad af te dwingen. De rechter kan de uitspraak van de Raad vol toetsen.⁴²

De financiering van de persombudsman en zijn bureau zou een gezamenlijke verantwoordelijkheid zijn van de overheid en de mediabedrijven. Ook bij deze voorstellen doet zich de vraag voor of de branche bereid is zich vrijwillig aan een dergelijk model te onderwerpen, indien het huidige minder vergaande model van het klachtrecht bij de Raad voor de Journalistiek al onvoldoende draagvlak in de branche heeft. De Commissie-Dommering heeft dit probleem onderkend en aanbevolen om in dat geval de ombudsman voor de publieksmedia bij wet te doen instellen.

De keerzijde van geschilbeslechting door een commissie of door een persombudsman is het mogelijk belemmerend effect op de persvrijheid. Dit zal in de praktijk wel meevallen, omdat het, indien de geschillencommissie of de persombudsman de rechterlijke gedragslijn volgen, over beperkte bedragen gaat en tevens om een – naar verwachting – overzienbaar aantal zaken.⁴³ Gebruik maken van bindend advies bij een geschillencommissie, als alternatief voor geschilbeslechting door de rechter, is uit financieel oogpunt voor de overheid aantrekkelijk, omdat de overheid bij instelling door de branche van een geschillencommissie geen kosten hoeft te maken.

⁴⁰ E. Dommering e.a. 2007, p. 13 (zie noot 7).

⁴¹ De commissie-Dommering vermeldt een aantal van ca. 300 in 2004 ingediende klachten bij de ombudsman. Deze heeft een belangrijke zeeffunctie voor de Opinieraad. Daarbij moet wel worden bedacht dat er in Zweden geen wettelijk recht op rectificatie bestaat en geen onrechtmatige daadsactie mogelijk is tegen mediapublicaties, waardoor de gang naar de persombudsman feitelijk de gang civiele rechter vervangt. Zie E. Dommering e.a. 2007, p. 13 (zie noot 7).

⁴² E. Dommering e.a. 2007, p. 18 (zie noot 7).

⁴³ Bij een schatting van dit aantal kunnen de buitenlandse voorbeelden door de commissie-Dommering beschreven en de huidige aantallen zaken in Nederland als richtsnoer worden gebruikt.

5.3.4 *De civiele procedure*

De rechtspositie van de benadeelde in een perszaak kan verder worden verbeterd door de gang naar de rechter te verbeteren. In de volgende subparagrafen wordt ingegaan op de mogelijkheden om de gang naar de rechter te verbeteren en hoe de overheid hieraan zou kunnen bijdragen.

5.3.4.1 Eerste lijnshulp

Bij juridische problemen in het algemeen zal voor personen die hiermee zelden geconfronteerd worden, een centrale (advies)instantie in een vroegtijdig stadium van advies kunnen voorzien of verwijzen.⁴⁴ Dit geldt ook bij een veronderstelde aantasting van reputatie of privacy. Eerste lijnshulp is nuttig, omdat een groot deel van de problemen gemakkelijk kan worden opgelost door advies of verwijzing.⁴⁵ Momenteel adviseert het Juridisch Loket (de bestaande eerste lijnshulp) mede over perszaken, maar men beschikt daar niet over toereikende kennis van het persrecht, omdat de meeste vragen die opkomen bij het Juridisch Loket op andere terreinen liggen. Ook het secretariaat van de Raad voor de Journalistiek fungeert als eerstelijns- en verwijzingsinstantie.⁴⁶

De vraag of de overheid extra maatregelen zou moeten treffen om in perszaken de eerste lijnshulp te verbeteren, hangt af van het oordeel over de verbetering van de preprocesuele middelen, met name de vraag of een geschillencommissie of ombudsman voor de publieksmedia zal worden ingesteld. Indien dit het geval zal zijn, dan mag worden verondersteld dat ook de eerste lijnshulp een plaats zal krijgen bij het secretariaat van de geschillencommissie of het bureau van de ombudsman.

5.3.4.2 Rechtsbijstand⁴⁷

Als een benadeelde er voor kiest een gerechtelijke procedure te starten, al dan niet na preprocesuele middelen te hebben overwogen of benut te hebben, dan zal rechtsbijstand op kosten van de overheid mogelijk moeten zijn, indien de benadeelde hiervoor in aanmerking komt. Bij gefinancierde rechtsbijstand lijkt de benadeelde een goede uitgangspositie te hebben, maar bij nader inzien kunnen de eigen bijdrage in combinatie met een mogelijke veroordeling (bij verlies van de zaak) in de proceskosten een zware last vormen en daarmee een

⁴⁴ J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, 'Toegang tot recht: de lasten van een uitweg', in: RMO-advies *Toegang tot het recht*, Den Haag 2004; F.A. Ohm & H.J. Schilperoord, 'Waarborgen voor gelijke toegang tot het recht', *NJB* 2003, p. 966-971.

⁴⁵ F.A. Ohm & H.J. Schilperoord, 2003, p. 966 (zie noot 44).

⁴⁶ E. Dommering e.a. 2007, p. 11 (zie noot 7).

⁴⁷ Over rechtsbijstand is een afzonderlijke bijdrage in dit boek opgenomen van de hand van I. Ramdjiawan en S.C. Scheermeijer, waarnaar hier wordt verwezen.

drempel opwerpen. Daarbij komt dat bij de toegevoegde advocaat vaak de kennis ontbreekt op het specifieke terrein van het persrecht. Een benadeelde met een rechtsbijstandsverzekering is financieel beter uit, omdat de kosten van een advocaat of andere rechtsbijstandverlener door de verzekeraar worden gedragen. Velen hebben echter geen rechtsbijstandsverzekering afgesloten en in sommige polissen worden perszaken van vergoeding uitgesloten.⁴⁸ Dit kan een aanwijzing vormen dat de overheid iets aan de kosten van de rechtsbijstand zou moeten doen.

Van Harinxma thoe Slooten oppert de mogelijkheid dat de overheid bij perszaken de rechtsbijstand voor een grotere kring benadeelden zou kunnen financieren door de inkomens- en vermogensafhankelijke drempel voor de eigen bijdrage van de benadeelde te verlagen.⁴⁹ Achtergrond voor deze drempel is de eigen verantwoordelijkheid van de benadeelde. De vraag is of zo'n drempel wel gerechtvaardigd is. Door het verlenen van rechtsbijstand wordt juist toegang tot het recht geboden. Door een eigen bijdrage wordt de toegang daarentegen beperkt. Daarnaast vormt ook de mogelijke veroordeling in de proceskosten wanneer de benadeelde in het ongelijk wordt gesteld, al een drempel.

5.3.4.3 Concentratie bij één rechtbank

Momenteel zijn 19 rechtbanken (inclusief de kantongerechten) bevoegd om perszaken af te doen. De perszaken komen verspreid binnen bij de verschillende bevoegde gerechten. In de praktijk blijkt dat een groot deel van de zaken bij de rechtbank in Amsterdam wordt ingediend. De overige gerechten hebben jaarlijks slechts enkele zaken te behandelen. Dit maakt dat een rechter vaak onbekend met en minder ervaren is op het gebied van persrecht.⁵⁰ De onbekendheid van de rechter met het persrecht is één van de factoren die er toe leiden dat de uitkomst van een zaak niet goed valt te voorspellen. Hierdoor is het voor de benadeelde moeilijk om zijn kansen in te schatten. De instelling door de overheid van een bijzondere perskamer bij één rechtbank (te denken valt aan de rechtbank in Amsterdam) en een gerechtshof voor het hoger beroep, die alle mediageschillen behandelen, kan nuttig zijn.⁵¹

Alle geschillen met betrekking tot het persrecht worden dan door één gespecialiseerde perskamer afgedaan. Dit draagt bij aan de rechtsgelijkheid. Hierdoor kan de benadeelde ook zijn kansen beter inschatten en een betere kosten- en batenanalyse maken. Tevens vermindert specialisatie de werkdruk bij de rech-

⁴⁸ J.M. Barendrecht & Y.P. Kamminga, 2004, p. 38 (zie noot 44).

⁴⁹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 87 e.v. (zie noot 1).

⁵⁰ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 29 (zie noot 1).

⁵¹ De commissie-Dommering wijst deze suggestie af, omdat het specialisme zich al ontwikkelt bij de rechtbank in Amsterdam, maar beveelt wel een kwaliteitsverbetering aan bij de andere rechtbanken, zie E. Dommering e.a. 2007, p. 12 (zie noot 7).

terlijke macht enigszins en verhoogt het de kwaliteit van de vonnissen. De suggestie van concentratie bij één perskamer dient gezien te worden in het licht van de ontwikkeling in ons land van de specialisatie van de rechterlijke macht, waarbij specialisatie voor weinig voorkomende zaken in toenemende mate bij nieuwe wetgeving wordt toegepast.⁵² Bij de toedeling van nieuwe zaken op basis van een specifieke wet is concentratie gemakkelijker dan bij een afsplitsing van perszaken van de grote groep geschillen die een onrechtmatige daad als inzet hebben.

5.3.4.4 Het versnellen en vereenvoudigen van de procedure in eerste aanleg

De procedure in eerste aanleg kan worden versneld en vereenvoudigd. Hierdoor wordt een meer effectieve toegang tot het recht bereikt. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens toetst of de nationale procedures voldoen aan artikel 13 van het EVRM inzake een 'effective remedy'.⁵³ Dit kan worden bereikt door de invoering van een spoed kort geding, het verkorten van de termijnen en het voorschrijven van een dwingende termijn om te antwoorden.⁵⁴

Momenteel verstrijken in een kort geding vaak vijf weken tussen de openbaarmaking van het bestreden bericht en de rectificatie. Het effect van de rectificatie gaat door zo'n lange termijn verloren. Een spoed kort geding kan ervoor zorgen dat rectificatie sneller volgt. De rechtbank in Amsterdam kent nu al de mogelijkheid van een spoed kort geding.⁵⁵ Een spoedige rectificatie is in het belang van de benadeelde. Voor de pers zou een rectificatie op een later moment waarschijnlijk beter uitkomen omdat dan de publicitaire aandacht is weggeëbd. Toch weegt een snelle rectificatie verreweg het zwaarst, omdat het rechtzetten van onjuistheden onderdeel vormt van de journalistieke ethiek en eveneens een publiek belang dient, naast het belang van de benadeelde.

5.3.4.5 Kosten

De kosten van de procedure in eerste aanleg zouden – naar het oordeel van Van Harinxma thoe Slooten – naast de verlaging van de drempel voor de kosten van rechtsbijstand, kunnen worden beperkt door geen hoge griffierechten te heffen en het afzien van een proceskostenveroordeling, met name ten laste van de benadeelde. Dit beperkt de kosten voor de benadeelde en verbetert zijn kosten- en batenanalyse. Van een veroordeling in de proceskosten kan thans al

⁵² Zie voor voorbeelden daarvan L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 99.

⁵³ EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376 (*Airey*).

⁵⁴ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 100-105 (zie noot 1).

⁵⁵ Vzr. Rechtbank Amsterdam 29 oktober 2004, *LJN* AR 4746 (*Story/Caroline Tensen*). Het vonnis werd 14 dagen later gemotiveerd: Vzr. Rechtbank Amsterdam 11 november 2004, *LJN* AR 5580.

bij andere zaken, bijvoorbeeld bij familie- en arbeidszaken en in het bestuursrecht, worden afgezien.⁵⁶

5.3.4.6 Rectificatie

Het effect van een rectificatie is vaak gering. Dit komt doordat de rectificatie te laat wordt geplaatst en de pers die het oorspronkelijk bericht heeft overgenomen niet verplicht is tot rectificatie. Daarnaast zijn er geen vaste regels voor de inhoud, plaats en vorm van de rectificatie, waardoor het te rectificeren bericht niet altijd voldoende indringend wordt rechtgezet. Het vergroten van de effectiviteit van de rectificatie is een goede oplossing, omdat er een publiek belang mee wordt gediend, namelijk het recht op correcte berichtgeving. Rectificatie levert de benadeelde ook veel op. Het schept genoegdoening, geeft compensatie en rechtzetting van feiten.⁵⁷ Een rectificatie van een schending van de privacy heeft deze gevolgen niet. Deze schending is met een rectificatie niet recht te zetten, al kan een verklaring door het publicerend medium dat de privacy is geschonden wel genoegdoening opleveren. Rectificatie kost de pers geen geld.

Een tweede oorzaak die het effect van rectificatie vermindert, is de omstandigheid dat de media die het oorspronkelijk bericht overnamen niet tot rectificatie kunnen worden verplicht. Het oorspronkelijk bericht wordt door hen niet gerectificeerd, waardoor de schade voor de benadeelde blijft bestaan. De kring van personen die alleen het oorspronkelijk bericht kennen is groot in de situatie dat het oorspronkelijke bericht is overgenomen door de landelijk verschijnende media. De benadeelde heeft er dus belang bij dat het onjuiste bericht ook door deze media wordt rechtgezet. Door alleen het persorgaan dat met de primeur kwam aansprakelijk te stellen, blijven de berichten die zijn geplaatst door de overnemende media ongemoeid. Om hieraan tegemoet te komen zouden de overnemende media ook verplicht moeten worden tot rectificatie. De benadeelde heeft er immers belang bij dat alle berichten worden gerectificeerd en dat hij niet met de schade als gevolg van de overgenomen berichten blijft zitten.

Een argument tegen het verplichten van de overnemende media tot rectificatie is dat de overnemende media niet primair verantwoordelijk zijn voor het onjuiste bericht. Door de primeur bevindt het bericht zich al in het openbare domein, waardoor de privacy en/of reputatie niet door de overnemende media wordt geschonden.⁵⁸ Het persorgaan dat met de primeur kwam, heeft immers de berichtengolf in gang gezet. Ook kan een verplichting tot rectificatie een negatief effect hebben op de snelheid waarmee berichten verder worden verspreid. De overnemende media zouden voorzigtiger kunnen worden uit angst

⁵⁶ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 103-104 (zie noot 1).

⁵⁷ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 162 (zie noot 1).

⁵⁸ EHRM 18 mei 2004, *NJ* 2005, 401.

voor een verplichting tot rectificatie. Indien overnemende media rectificatie structureel achterwege laten, dan zou de overheid kunnen bemiddelen bij het maken van algemene afspraken – in een code of leidraad – tussen het in eerste instantie publicerende medium en het overnemend medium. Een serieus werkend medium zal deze afspraak willen maken en nakomen, maar er bestaat een gerede kans dat andere media hieraan niet willen meewerken.⁵⁹ Voor deze problematiek verwijs ik naar par. 3.2. inzake zelfregulering.

Een derde reden waarom het effect van rectificatie vaak gering is, ligt in het feit dat de rechter bij het bepalen van de inhoud, plaats en vorm van de rectificatie volledig vrij is.⁶⁰ Vaste regels omtrent de inhoud, plaats en vorm zouden tot meer duidelijkheid en een indringender rectificatie kunnen leiden. Het is in het belang van de pers ter vermindering van imagoschade, dat een rectificatie niet te prominent wordt gebracht, waardoor zonder uitdrukkelijke rechterlijke opdracht rectificaties nog wel eens worden ‘weggemoffeld.’ Ook zonder rechterlijke tussenkomst is bij een duidelijke en indringende rectificatie de kans groot dat de benadeelde de zaak verder laat rusten, waardoor het geschil onderling en efficiënt is afgedaan. Duidelijke regels inzake rectificatie, waarbij een koppeling wordt gelegd met de uitvoerigheid van de berichtgeving en de plaats in het nieuwsmedium van het oorspronkelijk bericht, leiden tot een grotere kans op een schikking waarmee zowel de pers als de benadeelde gediend zijn.⁶¹

5.3.4.7 Vergoeding van inkomensschade

Schending van de reputatie, het imago of merk kan leiden tot aantasting van de verdien capaciteit en daarmee tot inkomensschade. Deze schade valt moeilijk te begroten. Aantasting van de verdien capaciteit van de benadeelde door een schending van de reputatie vindt weinig erkenning in de rechtspraak over perszaken.⁶² Dit komt mede door het feit dat concreet bewijs van inkomensschade moeilijk of niet kan worden geleverd. Hierdoor is het causale verband moeilijk te bewijzen. Om de benadeelde tegemoet te komen bij het bewijs van het causale verband zouden de stel- en bewijsplichten met soepelheid toegepast kunnen worden. Ieder van de partijen zou de feiten moeten toelichten waarvan hij het meest op de hoogte is en de rechter zou gebruik kunnen maken van vermoedens, aannemelijkheid op voorhand en algemene ervaringsre-

⁵⁹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 145-146 en p. 203-205 (zie noot 1).

⁶⁰ HR 3 september 1999, *NJ* 1999, 718 (*Faunabescherming/Jagersvereniging*). C.J.J.C. van Nispen, ‘Art. 6: 167 BW’, in: A.R. Bloembergen (red.), *Onrechtmatige Daad*, Kluwer (losbl.).

⁶¹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 261 (zie noot 1).

⁶² In het vonnis van de v.zr. Rechtbank Amsterdam 20 juni 2002, KG 2002, 179 (*Brandsteder/Weekend e.a.*) werd geen inkomensschade toegekend, wel schade als gevolg van de aantasting van privacy. In een later vonnis van 11 november 2004, *Mediaforum* 2005-1, nr. 3 (*Tensen/Story*) werd in een soortgelijke casus wel reputatieschade vergoed.

gels.⁶³ In een recente uitspraak heeft de rechtbank aan twee benadeelden die niet beschikten over vast werk, een inkomensschade naar billijkheid toegekend van € 5000, naast een aanzienlijke vergoeding van de immateriële schade.⁶⁴ Lindenberg wijst er in zijn noot op, onder verwijzing naar artikel 6:97 BW, dat de wet de maatstaf naar billijkheid niet kent en dat de rechtbank uit praktische overwegingen hiervoor gekozen heeft omdat het lastig is om schade aan reputatie in beeld te brengen en te begroten.⁶⁵

Een normering van de inkomensschade door middel van zelfregulering (eventueel met behulp van de wetenschap) of door een rechterlijke beleidsregel (vergelijk de schadevergoeding via de kantonrechterformule bij ontslagzaken en de vaststelling van de hoogte van alimentatie bij echtscheiding) zou het gemakkelijker maken om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen. Van Harinxma thoe Slooten pleit er voor een indicatief schema op te stellen, waarbij per relevante omstandigheid een aantal punten wordt toegekend, afhankelijk van de inhoud van de publicatie. Door het totale aantal punten te vermenvuldigen met een zeker percentage van het inkomen dat wordt gegenereerd met de activiteit die door de openbaarmaking is geraakt, wordt de hoogte van de schadevergoeding bepaald. Uit rechtseconomische overwegingen zou (indicatief) een minimumvergoeding van € 2000 en ter bescherming van de vrijheid van de pers zou een maximumvergoeding van € 200.000 kunnen gelden. Bij rectificatie door het persorgaan zou de schadevergoeding kunnen worden verminderd en bij ernstig verwijtbaar handelen door het persorgaan zou de schadevergoeding kunnen worden verhoogd met een bepaalde factor. In beginsel hoeft geen schadevergoeding te worden toegekend bij een geringe schending van reputatie, imago of merk.⁶⁶

Momenteel gaat de rechter, aldus van Harinxma thoe Slooten, ook al af op 'redelijke toekomstverwachtingen' en zijn 'kennis van het dagelijks leven'. Het is in zijn visie een relatief kleine stap om de schade te bepalen aan de hand van een normeringschema. Bovendien gaat het in perszaken vaak om overzienbare bedragen en levert dit schema slechts een indicatie waarbij de rechter altijd kan afwijken.⁶⁷

Tegen het pleidooi van van Harinxma thoe Slooten kan worden ingebracht dat materiële schadevergoeding bij schending van reputatie weinig wordt erkend en voor zover de rechter deze toewijst, het om beperkte bedragen gaat. Verder zijn individuele omstandigheden bij uitstek bepalend voor de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding en gaat het bij perszaken om een beperkt aantal zaken per jaar. Om deze redenen lijkt van Harinxma thoe Slooten's voor-

⁶³ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 182-183 (zie noot 1).

⁶⁴ Rechtbank Amsterdam 25 april 2007, *Mediaforum* 2007-5, p. 162-166 (*De Jong en Wittermans/De Hond*, m.nt. S.D. Lindenberg, p. 165-166).

⁶⁵ S.D. Lindenberg, *Mediaforum* 2007-5, p. 165.

⁶⁶ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 189 e.v. (zie noot 1).

⁶⁷ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 190 (zie noot 1).

stel vooral te zijn ingegeven door een theoretische benadering. Ontwikkeling van normen door de rechterlijke macht ligt meer voor de hand voor zover deze tot het oordeel komt dat uniformiteit van belang is en daarvoor richtinggevende jurisprudentie ontwikkelt.

5.3.4.8 Vergoeding van immateriële schade

De hoogte van de immateriële schadevergoeding is veelal moeilijk te voorspellen. Dit komt doordat de rechter de schadevergoeding vaststelt op basis van de omstandigheden van het geval en doordat vaak een duidelijke motivering ontbreekt. Daarbij is de omvang van de vergoeding vaak laag, waardoor de pers niet wordt gestimuleerd om zich van normoverschrijdingen te onthouden.⁶⁸ Normering van de omvang van de immateriële schadevergoeding, zoals bepleit door van Harinxma thoe Slooten, zou een middel kunnen zijn om de toegang tot het recht te verbeteren. Omdat perszaken weinig voorkomen, bestaat er minder duidelijkheid dan bij zaken die wel veel voorkomen, zoals letselschades. Een normeringssysteem kan het tot stand komen van schikkingen bevorderen. Een probleem hierbij is dat er onvoldoende rechterlijke uitspraken zijn om daaruit richtlijnen te ontwikkelen.⁶⁹

Een deel van hetgeen hiervoor is opgemerkt als argumenten tegen normering van inkomensschade kan ook worden aangevoerd als argument tegen de normering van de immateriële schade. Het gaat om een beperkt aantal zaken bij de rechter en schikkingen over schadebedragen lijken in de praktijk niet of nauwelijks voor te komen.⁷⁰ De door van Harinxma thoe Slooten genoemde factoren ontleend aan de jurisprudentie, die mede bepalend zouden moeten zijn voor de normering, zijn zo talrijk (enkele tientallen factoren) en divers dat het een onmogelijke opgave zal blijken te zijn – naar het mij voorkomt – deze in een voor de rechtspraak en ten behoeve van schikkingen bruikbaar schema te verwerken.⁷¹

5.3.4.9 Tegengaan van commerciële verleidingen

Vanwege de ongunstige kosten- en batenverhouding bij perszaken komt de pers bij een onjuiste publicatie vaak weg zonder sanctie. Hierdoor kan de pers eerder in de verleiding komen om de geldende journalistieke normen te overschrijden. Vooral bij de roddelpers verkoopt openbaarmaking van privé situa-

⁶⁸ In de in par. 3.4.7 genoemde uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 25 april 2007 is daarentegen aan beide benadeelden gezamenlijk een bedrag van € 100.000 voor immateriële schade toegekend, niet ten laste van een persorgaan, maar ten laste van een privé-persoon.

⁶⁹ T.E. Deurvorst, 'Smartengeld bij krenkende berichtgeving. Beschouwingen over Nederlands, Duits en Engels recht', in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (red.), *Europees privaatrecht 1995. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad 1995, p. 301-334.

⁷⁰ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Universiteit Leiden), Deventer 1998, p. 256.

⁷¹ L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 218 e.v. (zie noot 1).

ties goed en is de concurrentie groot. Ook leidt het overschrijden van journalistieke normen minder snel tot reputatieverlies bij de roddelpers dan bij de serieuze pers. Bekende Nederlanders zijn voor hun eigen bekendheid en marktwaarde afhankelijk van de roddelpers. Zij voeden ook de roddelpers met informatie. Door deze omstandigheden zullen ze niet snel een procedure beginnen, waardoor de pers met onjuiste publicaties aan sancties ontkomt. Voor dit type berichtgeving kunnen wellicht extra preventieve maatregelen worden ontwikkeld of bestaande instrumenten beter worden benut.⁷²

De artikelen 6:95 en 6:106 BW openen de mogelijkheid om naast de vermogensschade ook ander nadeel voor vergoeding in aanmerking te laten komen. De wetgever heeft aan artikel 6:106 vier functies toegekend: compensatie, genoegdoening, preventie en vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade.⁷³

Op grond van de preventiefunctie van artikel 6:106 zou de rechter tegen bewuste schendingen uit commerciële motieven volgens Van Schaik⁷⁴ een maatregel kunnen treffen die voorziet in het toewijzen van een bedrag bovenop de schadevergoeding. Het doel van deze maatregel zou zijn de pers een signaal te geven om de geldende normen in acht te nemen. De wetgever heeft niet de intentie gehad om artikel 6:106 BW te gebruiken als een privaatrechtelijke boete, zoals deze wel voorkomt onder de benaming 'punitive damages' in Angelsaksische rechtssystemen.⁷⁵

Er is discussie over de vraag of de overheid ook in Nederland 'punitive damages' zou moeten invoeren. Van der Heijden⁷⁶ is deze mening toegedaan. 'Punitive damages' behelzen een vergoeding bovenop de schadevergoeding met als doel preventie, straf en genoegdoening. De Minister van Justitie⁷⁷ en de rechter⁷⁸ lijken echter niet veel te voelen voor invoering van 'punitive damages,' omdat deze figuur niet goed past binnen het civiele recht, waarbij de civiele procedure niet dezelfde waarborgen biedt als de strafprocedure en voorts vanwege de vrees dat invoering ervan zou kunnen leiden tot 'Amerikaanse toestanden.' Het risico dat er een zeer hoge schadevergoeding wordt toegewezen, kan een negatieve uitwerking hebben op het persklimaat.

⁷² L.R. van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 253-254 (zie noot 1).

⁷³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 e.v.

⁷⁴ R. van Schaik, 'De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties', *Mediaforum* 1999-6, p. 169-173.

⁷⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 371.

⁷⁶ E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749-1756.

⁷⁷ Zie zijn brief d.d. 17 juni 1999 inzake claimcultuur (TK 26 630, nr. 1) p. 10.

⁷⁸ Rechtbank Amsterdam 7 mei 2003, *NJ* 2004, 66 (*De Leeuw/Story*).

5.4 Evaluatie

Bij perszaken is er vaak sprake van conflicterende grondrechten. Dit zijn het recht op vrijheid van meningsuiting versus het recht op de bescherming van reputatie en privacy. De rechter moet een afweging van grondrechten maken. Omdat maar heel weinig zaken aan de rechter worden voorgelegd, is de positie van de pers een sterke. Gelet op de ingrijpende consequenties die een schending van privacy of reputatie kunnen hebben voor de benadeelde, heeft deze behoefte aan rechtsbescherming. Om rechtsbescherming te kunnen krijgen, is een goede toegang tot het recht vereist. Om bepaalde opties ter verbetering van de toegang tot het recht te verwezenlijken, is een rol voor de overheid weggelegd. Een afdoende zelfregulering door de journalistieke branche zou ideaal zijn, omdat de overheid zich dan van bemoeienis kan onthouden. Helaas blijkt de zelfregulering waartoe de pers bereid was en is, onvoldoende effectief, waardoor stimulering en sturing door de overheid noodzakelijk wordt.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, de Raad voor het Openbaar Bestuur en het Kabinet pleiten voor een versterking van de zelfregulering.⁷⁹ Mijn onderzoek in het voetspoor van recente andere publicaties, laat zien dat de overheid hiermee niet kan volstaan. Ten eerste kan actieve betrokkenheid van de overheid worden ontleend aan de opdracht neergelegd in artikel 13 van het EVRM dat effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau veronderstelt tegen schendingen van verdragsrechten waaronder de privacy genoemd in artikel 8 van het EVRM. Het Hof heeft reeds lang geleden hiervoor enkele criteria geformuleerd.⁸⁰ In meer recente uitspraken heeft het Hof inzake de bescherming van de privacy benadrukt dat het EVRM beoogt praktische en effectieve rechten te waarborgen, in tegenstelling tot aanspraken die slechts theoretisch zijn.⁸¹

Ten tweede is naar mijn oordeel in deze bijdrage aangetoond dat de toegang tot het recht in perszaken niet voldoende effectief is, waardoor een actieve rol van de overheid is vereist. In paragraaf 3.2.3 is uiteengezet dat marktwerking niet leidt tot kwaliteitsimpulsen en eerder de kans op schending van privacy en reputatie vergroot. Zelfregulering zal maar een beperkt effect hebben, gelet op de heterogeniteit van de media en de verschillende belangen en doelen. De serieuze media zullen zich eerder onderwerpen aan vormen van zelfregulering dan de vermaaksmidia die daarbij geen belang hebben.

⁷⁹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 2005 (zie noot 12), p. 138-140; Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, 2003 (zie noot 13); Raad voor het Openbaar Bestuur, 2003 (zie noot 13); 'Kabinetsreactie op adviezen RMO en ROB over politiek en media' van 12 juli 2004.

⁸⁰ EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376 (*Airy*).

⁸¹ EHRM 24 juni 2004, *NJ* 2005, 22 (*Caroline van Hannover*); EHRM 16 november 2004, *NJ* 2005, 344 (*Moreno Gomez*).

Ook op andere terreinen waarbij consumentenbelangen betrokken zijn, heeft de overheid toezichtvormen in het leven geroepen, bijvoorbeeld de Consumentenautoriteit en de Autoriteit Financiële markten. Een vorm van toezicht ontbreekt bij de pers. Het recht op vrijheid van meningsuiting kan er niet toe leiden dat vrijheden van anderen daaraan ondergeschikt worden.⁸² Om het evenwicht te handhaven, mag van de overheid een actieve bijdrage worden gevraagd.

5.4.1 *Welke maatregelen zou de overheid moeten nemen c.q. bevorderen?*

5.4.1.1 Zelfregulering

De in paragraaf 3.2 beschreven middelen in het kader van zelfregulering vragen een beperkte bijdrage van de overheid. De tijdelijke extra financiering door de overheid van de Raad voor de Journalistiek levert een bijdrage aan het inlopen van achterstanden bij de klachtenbehandeling door de Raad. Aan een klachtenbehandeling door de Raad kleven een aantal nadelen die in de huidige structuur niet kunnen worden weggenomen. Voortzetting van de extra financiering ligt om die reden niet voor de hand en moet worden afgewogen tegen financiële ondersteuning van de behandeling van klachten op een wijze die meer waarborgen bevat. Bij de preprocesuele middelen wordt hierop nader ingegaan.

5.4.1.2 Preprocesuele middelen

Mediation, door de overheid bevorderd en financieel ondersteund indien deze plaats vindt na verwijzing in een aanhangige gerechtelijke procedure, is een nuttig middel gebleken om geschillen zonder rechterlijke tussenkomst op te lossen. Onbekend is of mediation in perszaken een rol speelt. Naarmate het middel mediation meer ingeburgerd raakt, zou de betekenis ervan ook voor perszaken kunnen toenemen. In dit licht bezien zou de overheid zijn (financiële) inspanning om meer geschillen te laten beslechten door mediation, moeten handhaven.

In de paragrafen 3.3.3 en 3.3.4 is uiteengezet op welke wijze de preprocesuele middelen, het uitwisselen van standpunten en het schikkingsaanbod, kunnen bijdragen aan het in der minne oplossen van geschillen. Niet te verwachten is dat protocollen met een dergelijke inhoud door de media in ons land vrijwillig zullen worden vastgesteld. Dit brengt met zich dat de wetgever het initiatief zal moeten nemen om preprocesuele middelen te verbinden met de processuele voorschriften in een civiele procedure. Wetgeving geldt echter niet alleen voor perszaken, maar voor het gehele civiele recht. Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om de wenselijkheid van introductie van

⁸² HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473; HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422.

bovenvermelde preprocesuele middelen over de volle breedte van het civiele recht te onderzoeken.

Aan de suggestie van van Harinxma thoe Slooten om bij de instelling van een geschillencommissie gebruik te maken van rechters die in het persrecht hun sporen hebben verdiend en deze een bindend advies te laten uitbrengen, kleven bezwaren. De suggestie ligt niet in lijn met het voorstel om alle perszaken te concentreren bij één rechtbank, omdat in die situatie een concentratie van kennis en ervaring op het gebied van het persrecht ontstaat bij deze rechtbank en het moeilijk voorstelbaar is dat medewerking wordt verleend aan advisering waarbij een gerede kans bestaat dat dezelfde rechtbank in een bij haar aanhangig te maken procedure moet oordelen over het gegeven bindend advies. Daarnaast bestaat er brede consensus over het feit dat rechters bij het uitoefenen van nevenactiviteiten naast de hoofdfunctie zich moeten onthouden van het geven van juridische adviezen bij geschillen van derden. Een derde bezwaar is dat een dergelijke wijze van geschilbeslechting materieel weinig zal verschillen van een gerechtelijke procedure, waardoor de vraag rijst of het niet efficiënter is meteen die ingang te kiezen. Op grond van het bovenstaande zou ik deze suggestie voor geschiloplossing in der minne niet willen overnemen.

Ik zie meer mogelijkheden in het advies van de commissie-Dommering om een ombudsman voor de publieksmedia in het leven te roepen, naar het voorbeeld in Zweden. Bij de ombudsman ligt het accent op bemiddelen naast het uitspreken van oordelen. Het voordeel van een ombudsman is dat een snelle reactie mogelijk is en dat de procedure laagdrempelig en weinig formeel is. Of er na het oordeel van de ombudsman nog behoefte bestaat aan een oordeel in beroep van de Raad voor de Journalistiek, valt te bezien. Denkbaar is dat een benadeelde die door de ombudsman geheel of gedeeltelijk in het (on)gelijk is gesteld, zich wendt tot de civiele rechter, waardoor de ombudsman meer als een voorportaal voor de rechter gaat functioneren dan als voorportaal voor de Raad voor de Journalistiek. Dat in Zweden de ombudsman wel als voorportaal voor de Opinieraad functioneert, heeft te maken met het feit dat er in dat land geen toegang tot de rechter is voor perszaken. De introductie in ons land van een ombudsman voor de publieksmedia zal niet plaats kunnen vinden zonder een wettelijke regeling. Gelet op de beperkte mogelijkheden voor zelfregulering in de mediabranche zullen pogingen om langs privaatrechtelijke weg deze voorziening tot stand te brengen, geen succes hebben. Misschien moet dat eerst zijn gebleken voordat de overheid overgaat tot wetgeving.

5.4.1.3 De civiele procedure

De hiervoor besproken suggestie voor een centrale adviesinstantie in het kader van de eerste lijnshulp bij aantasting van reputatie of privacy zou ik niet willen overnemen. Er zijn onvoldoende redenen om uitsluitend voor de weinig

voorkomende perszaken verdergaande maatregelen in de eerste lijnshulp voor te stellen. Te meer daar de overheid de eerste lijnshulp nog slechts kortgeleden anders heeft ingericht en een belangrijk deel van de groep van benadeelden bestaat uit personen (bekende Nederlanders, zakenmensen, publieke figuren) die zelf de weg naar rechtshulp weten te vinden. De lacune die wordt gevoeld, kan worden opgevuld door de instelling van een ombudsman voor de publieksmedia. Het bureau van de ombudsman zal klagers kunnen informeren en verwijzen. Zo nodig zal de overheid deze functie van het bureau kunnen veiligstellen via de subsidievoorwaarden. Een verruiming van de rechtsbijstand op kosten van de overheid voor een grotere groep benadeelden zou ik evenmin willen bepleiten. Ik verwijs naar de argumenten die zijn gegeven bij bespreking van de eerste lijnshulp. Een vergelijkbare redenering kan worden gevolgd om ook de suggestie inzake het verminderen of achterwege laten van een veroordeling in de proceskosten bij verlies van de zaak niet over te nemen. De noodzaak tot een inbreuk op de algemene systematiek is onvoldoende aangetoond voor de categorie van perszaken. De instelling van een ombudsman voor de publieksmedia biedt benadeelden die de risico's van een niet al te sterke perszaak bij de rechter niet kunnen of willen nemen, een mogelijkheid om hun klacht zonder risico aan de ombudsman voor te leggen. Indien deze tot het oordeel komt dat de gewraakte publicatie of uiting onjuist of onzorgvuldig was, kan de benadeelde met meer onderbouwing naar de rechter stappen om zijn schade te verhalen.

De suggestie om de mediazaken te concentreren bij één rechtbank en één gerechtshof lijkt me de moeite waard. Onderzocht zal dan nog wel moeten worden of afsplitsing van een deel van de onrechtmatige daad zaken uitvoerbaar is bij het toedelen van deze bevoegdheid aan de rechtbank in Amsterdam. Het argument van de commissie-Dommering om perszaken niet te concentreren bij één rechtbank, omdat de meeste zaken toch al worden aangebracht bij de Amsterdamse rechtbank, overtuigt niet. De commissie bepleit wel een verbetering van de kwaliteit van zowel de procedure als de leden van de rechterlijke macht bij de overige rechtbanken. In het licht van de minieme aantallen perszaken die deze rechtbanken behandelen, is deze aanbeveling weinig consistent. Indien de suggestie tot concentratie wordt opgepakt dan kan in het verlengde daarvan tevens de procedure in eerste aanleg worden versneld en vereenvoudigd. Een aanzet daartoe kan in de wet worden neergelegd, die vervolgens door de Amsterdamse rechtbank kan worden uitgewerkt in een procesreglement voor perszaken, waarin de voorschriften en termijnen worden vastgelegd.

Het verbeteren van het effect van de rectificatie ligt primair binnen het domein van de rechtspraak, waartoe de overheid geen bijzondere maatregelen hoeft te nemen. Te verwachten valt dat een ombudsman voor de publieksmedia bij het opleggen van rectificaties aan media dit zal doen binnen door hem vastgestelde algemene regels of richtlijnen inzake plaats en inhoud van de rectificatie. Voor de overheid is er nog wel een taak weggelegd om, in het

kader van zelfregulering, met de media in gesprek te gaan om ook de overnemende media er toe te bewegen een gerectificeerde uiting te vermelden.

Inzake het bewijs van de geleden schade bij perszaken is het aan de rechtspraak om binnen de bestaande wettelijke kaders, een benadeelde tegemoet te komen in zijn bewijsplicht. Er is onvoldoende aanleiding om thans met wettelijke maatregelen uitsluitend voor benadeelden in perszaken, de algemene regels inzake bewijs te versoepelen.

De door Van Harinxma thoe Slooten geopperde en uitgewerkte mogelijkheid voor een normeringschema voor zowel vermogensschade als immateriële schade, acht ik een theoretische optie. In de paragrafen 3.4.7 en 3.4.8 heb ik reeds enkele kanttekeningen bij deze suggestie geplaatst, waarnaar ik verwijs. Er ligt mijns inziens geen taak voor de overheid.

Om commerciële verleidingen tegen te gaan bestaat de mogelijkheid van een verhoogde schadevergoeding met toepassing van artikel 6:106 van het BW. Verdergaande maatregelen, zoals de invoering door de wetgever van ‘punitive damages,’ lijken mij voorshands niet noodzakelijk, omdat deze moeilijk inpasbaar zijn in ons civielrechtelijk stelsel en de urgentie ook niet is aangetoond.

5.4.2 Afsluiting

Hiervoor heb ik een aantal opties de revue laten passeren om de toegang tot het recht in perszaken voor de benadeelde te verbeteren. De aanbevelingen richten zich op de pers die door zelfregulering kan bijdragen aan het voorkomen van schendingen van privacy of reputatie (bijvoorbeeld door het vaststellen van een leidraad of code voor journalistiek handelen, via kwaliteitsinstrumenten als de Nieuwsmonitor en het Debattenbureau) en bij vermeende of geconstateerde schendingen de klachtenbehandeling en het effect van een rectificatie kan verbeteren. Er is reden voor een meer actieve rol van de overheid teneinde evenwicht te brengen tussen het belang van de pers en dat van de benadeelden. Het lijkt er op dat het kabinet thans inziet dat de balans is doorgeschoten. Het aangekondigde onderzoek naar een verbetering van de rechtspositie van mediaslachtoffers is een stap in de goede richting. In mijn bijdrage heb ik hiervoor een aantal suggesties gedaan die bij dit onderzoek betrokken kunnen worden.

VI De Garantstellingsregeling curatoren

Pinar Yildirim

6.1 Inleiding en probleemstelling

De taak van de curator is in de Faillissementswet (Fw) beschreven. Ingevolge artikel 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Zijn primaire taak is dus het realiseren van een zo hoog mogelijk opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast dient de curator ook rekening te houden met maatschappelijke belangen zoals de werkgelegenheid.¹ Voorts dient een curator rekening te houden met zijn eigen belang: zijn werkzaamheden worden immers uit de boedel bekostigd. Ook wat betreft de civielrechtelijke aanpak van faillissementsfraude zal de curator dus rekening houden met de genoemde belangen en de mogelijke opbrengst van zijn inspanningen.²

Wanneer een curator bij een vermoeden van faillissementsfraude besluit om een civielrechtelijke actie in te stellen, dient hij vooraf actief te onderzoeken of bestuurders op een deugdelijke wijze hun taken hebben uitgevoerd en of zich onregelmatigheden in de periode voorafgaande aan het faillissement hebben voorgedaan.³ Hij zal hierbij gegevens over de failliete vennootschap verzamelen. De curator zal deze gegevens inwinnen bij instanties als de UWV, de Belastingdienst en de accountant van de vennootschap.⁴

De curator kan na het hiervoor bedoelde onderzoek de bestuurders van een failliete vennootschap op grond van artikel 2:138/248 BW aansprakelijk stellen voor het tekort in het faillissement, danwel de rechtshandelingen die in de periode voor het faillissement zijn verricht op grond van artikel 42 of 47 van de Faillissementswet (Fw) vernietigen. Als dat slaagt, kan dus een opbrengst in de boedel worden verkregen. Die opbrengst zal na voldoening van de boedelschulden ten goede komen aan de crediteuren. Maar aangesproken bestuurders en derden zullen zich veelal tegen de aansprakelijkheidsstelling of vernietiging verweren. Dus als de curator een procedure wil instellen op grond van de bovengenoemde artikelen, dan zal het de boedel al snel geld kosten. En wat als de boedel niet over voldoende activa beschikt om die procedures te

¹ Dit is door de HR beslist in de arresten HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130 (*Sigmacon I*) en HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon II*).

² R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: HSI 2005, p. 26 en 27.

³ H.H. Tan, *De garantstellingsregeling curatoren en de proceskostengarantie*, *Iust* 1998-4, p. 105-106.

⁴ Knecht e.a. 2005, p. 27 (zie noot 2).

bekostigen? De curator loopt de kans dat, in geval van verlies van een procedure, de boedel in de kosten van de procedure wordt veroordeeld of misschien wel dat hij persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden voor de kosten van de procedure. In een dergelijk geval neemt de curator een procesrisico, terwijl hij weet dat de boedel niet in staat zal zijn aan een kostenveroordeling te voldoen.⁵

Het instellen van onderzoek en het procederen zijn dus handelingen van de curator die nodig zijn in het kader van fraudebestrijding en misbruik, maar die ook tijd en geld kosten en waarvan de opbrengsten onzeker zijn. In dat verband heeft de wetgever op 1 januari 1987 twee wetten ingevoerd die de curator tegemoet komen, namelijk de WBA (Wet Bestuurdersaansprakelijkheid) en WBF (Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement).

Door middel van deze instrumenten kan de curator malafide bestuurders van rechtspersonen in hun privé-vermogens aanspreken. De WBF richt zich niet alleen op malafide bestuurders, maar ook op onverantwoordelijke, roekeloze bestuurders. Bovendien werd met de invoering van de WBF de zogenaamde voorschotregeling ingevoerd. In dit hoofdstuk staat deze regeling centraal. De voorschotregeling is opgenomen in het tiende lid van artikel 2:138/248 BW en geeft de curator de mogelijkheid om van overheidswege 'vooruit gefinancierd' te worden. Op grond van het tiende lid van artikel 2:138/248 BW is op 26 april 1993 het Besluit Garantstellingsregeling curatoren ('Garantstellingsregeling') ingevoerd.⁶ In het Besluit zijn regels gesteld met betrekking tot de aanvraag van een voorschot. Bovendien is het één van de instrumenten tegen bestrijding van misbruik van rechtspersonen. Afgevraagd kan worden of deze regeling effectief is. De vraag die ik hier zal proberen te beantwoorden luidt dan ook: In hoeverre is de Garantstellingsregeling een nuttig instrument?

Het hoofdstuk is als volgt ingedeeld. In paragraaf 2 zullen de wetten WBA en WBF behandeld worden. Zoals hierboven is vermeld, werd na deze twee wetten het Besluit Garantstellingsregeling curatoren ingevoerd. Ik zal in paragraaf 3 de doelstelling en de strekking van dit Besluit bespreken. Voorts is er onderzoek gedaan naar hoe de Garantstellingsregeling in de praktijk werkt. In paragraaf 4 zal dit behandeld worden. Daarbij zullen onder andere de toetsingscriteria en het aantal aanvragen aan de orde komen. Bovendien blijkt dat het Besluit in de praktijk niet helemaal soepel werkt. Daarom komen in paragraaf 5 een aantal knelpunten bij de uitvoering van de voorschotregeling aan de orde. Ook worden in deze paragraaf de aanbevelingen voor een betere werking van het Besluit behandeld. Naast een privaatrechtelijk handhavingsmechanisme bestaat er ook een strafrechtelijke aanpak van faillissementsfrau-

⁵ Tan 1998, p. 105-106 (zie noot 3).

⁶ Dit besluit is naast het faillissement van de BV en de NV ook van toepassing in geval van faillissement van een vereniging (art. 2:50 a BW) en in geval van faillissement van een stichting (art. 2:300a BW).

de. In paragraaf 6 zal dit mechanisme aan de orde komen. Tenslotte zal ik in paragraaf 7 de belangrijkste zaken samenvatten en conclusies trekken.

6.2 De WBA en WBF

6.2.1 De inwerkingtreding van WBA en WBF

Zoals in de inleiding is vermeld, heeft de wetgever in het kader van fraudebestrijding en de bestrijding van het misbruik van rechtspersonen per 1 januari 1987 twee wetten in werking laten treden, te weten de WBA en de WBF. In deze wetten wordt het bestuur van de rechtspersoon in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur in zijn privé-vermogen aansprakelijk gesteld voor bepaalde (WBA) of alle (WBF) onvoldane schulden van de rechtspersonen.

6.2.2 Artikel 2:138/248 BW

Met de invoering van de WBF in 1987 werd artikel 2:138 BW aangescherpt. Sindsdien zijn bestuurders van gefailleerde NV/BV, op grond van het eerste lid van artikel 2:138/248 BW, jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.⁷ Voorts staat in het tweede lid van artikel 2:138/248 BW dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichting ex artikel 2:10 BW of zijn publicatieverplichting ex artikel 2:394 BW, dit geldt als een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.⁸ Het bestuur kan hiertegen tegenbewijs leveren door aan te tonen dat het faillissement is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken.⁹

Blijkens het zesde lid van artikel 2:138/248 BW moet voor de vaststelling van de onbehoorlijkheid van het bestuur gekeken worden naar de periode van drie jaar voorafgaande aan het faillissement.

Het is op voorhand niet altijd duidelijk wanneer gesproken kan worden van onbehoorlijk bestuur. Of er sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht. Er dient dus getoetst te worden of de desbetreffende bestuurshandelingen op dat moment als onbehoorlijk konden worden beschouwd. Hierbij dient de rechter steeds rekening te houden met alle feiten en

⁷ Dit geldt ook voor de BV volgens art. 2:248 lid 1 BW.

⁸ R.D. Vriesendorp e.a., *Evaluatie Garanstellingsregeling curatoren 1999-2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 8-9.

⁹ J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek, tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2005, p. 847; HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676.

omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel te komen. Het moet gaan om gedragingen of nalatigheden van bestuurders die hun bestuurstaak hebben verwaarloosd. Bij de term ‘onbehoorlijk’ moet het gaan om ‘verwijtbaarheid’. Het gaat om gedrag dat in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt, immers zij zijn de dupe van het faillissement dat door dat gedrag in belangrijke mate is veroorzaakt. Een onbehoorlijke taakvervulling is gelijk te stellen met misbruik. Het is dus niet de bedoeling om bestuurders voor beleidsfouten en onopzettelijke domheden te straffen.¹⁰ De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1996 beslist dat het onbehoorlijk bestuur getoetst moet worden aan de vraag hoe een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.¹¹ Een bestuurder dient te handelen op een wijze die overeenstemt met wat van een bestuurder verwacht mag worden.

6.2.3 De voorschotregeling

In veel gevallen beschikt de boedel over onvoldoende middelen om de proceskosten en de kosten voor onderzoek naar de aansprakelijkheid van de bestuurders te voldoen. Bij de invoering van de WBF werd vooraf voorzien dat naarmate de inkomsten voor de boedel hoger worden, de neiging van de curator om inspanning te leveren ook groter wordt.¹² Ook is vooraf voorzien dat wanneer de kans groot wordt geacht dat de boedel niet toereikend zal zijn om zelfs maar het salaris van de curator daaruit te voldoen, de curator waarschijnlijk niet voldoende inspanningen voor de boedel zal verrichten. De WBF heeft daarvoor een oplossing gecreëerd. Met de komst van de WBA en WBF heeft de wetgever ook de voorschotregeling in het leven geroepen.¹³ Met behulp van deze voorschotregeling kunnen de curatoren bij ontoereikendheid van de boedel een voorschot krijgen ter bestrijding van kosten die zij moeten maken om een rechtsvordering in te stellen tegen bestuurders van NV of BV in geval van vermoedelijk misbruik (‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ ex art. 2:138/248) of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe. Ook kan de regeling worden ingeroepen voor de faillissementspauliana (art. 43 lid 6 Fw) en actie ex artikel 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder).¹⁴

¹⁰ W.A.M. Cremers, *Editie Cremers, Burgerlijk Wetboek*, Arnhem: Gouda Quint, supplementen 129 (maart 1998), p. 491; Memorie van Antwoord II Wet 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, *Stb.* 275.

¹¹ Zie HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (*Panmo*); HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695, m.nt. Ma (*Drankenhandel Van Zoolingen*).

¹² C. Cozijn, *Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens de WBA en de WBF: verslag van een verkennend onderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 33.

¹³ Cozijn 1989, p. 33 (zie noot 12).

¹⁴ Volgens de Staatssecretaris van Justitie in de toelichting op de Garantstellingsregeling Faillissementscuratoren, *Stcrt.* 1993, 76 d.d. 21 april 1993, later gewijzigd bij besluit *Stcrt.* 3 januari 2005.

De voorschotregeling vloeit voort uit een amendement van kamerlid De Grave.¹⁵ Het doel was:

‘de effectiviteit van de derde misbruikwet¹⁶ te vergroten door het de curator mogelijk te maken de rechtsvorderingen ex artikel 138 boek 2 BW of artikel 248 boek 2 BW c.q. artikel 8 boek 2 BW in te stellen.’

De Minister van Justitie stemde hiermee in en nam het amendement dan ook over.¹⁷ De wetgever probeerde op deze manier het gebruik van de WBA en WBF aantrekkelijker te maken.

6.3 De invoering van Garantstellingsregeling

6.3.1 Het evaluatieonderzoek naar de voorschotregeling

Er is onder begeleiding van een commissie onder voorzitterschap van mr. G.D. van Norden onderzoek gedaan naar effectiviteit van WBA en WBF. In 1989 is van dit onderzoek een evaluatieverslag gepubliceerd.¹⁸ Uit dit onderzoek bleek dat weinig curatoren van de voorschotregeling gebruik maakten: In 1987 werden slechts 20 en in 1988 25 verzoeken om een dergelijk voorschot ingediend, terwijl het totaal aantal faillissementen destijds 3786 respectievelijk 3849 was.¹⁹ Uit het evaluatieverslag blijkt dat volgens de curatoren één van de oorzaken van een terughoudend gebruik van deze regeling bij de voorschotregeling zelf ligt.²⁰ Het voorschot kon namelijk alleen worden toegekend, wanneer uit de motivering bij de aanvraag blijkt dat er een redelijke kans op succes is. Volgens de curatoren bracht deze motiveringseis met zich mee dat er eerst onderzoek naar de haalbaarheid van een aansprakelijkstelling moet worden gedaan alvorens met enige kans op succes het voorschot te kunnen aanvragen. Dit leidde ertoe dat de voorschotten alleen gevraagd werden, wanneer van te voren duidelijk is dat een aansprakelijkstelling op grond van de WBF tot een positief resultaat voor de boedel zou leiden.

Een andere oorzaak voor een terughoudend gebruik van de voorschotregeling was dat het onderzoek naar de aanvraag van een voorschot te veel tijd in beslag nam. De curatoren beschouwden de tijd tussen de aanvraag en de beslis-

¹⁵ *Kamerstukken II* 1984/85, 16 631, nr. 24.

¹⁶ Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, *Stb.* 275.

¹⁷ *Stcrt.* 1993, 76 d.d. 21 april 1993, later gewijzigd bij besluit *Stcrt.* 3 januari 2005.

¹⁸ Het evaluatieverslag heet: Twee jaar bestuurdersaansprakelijkheid volgens de WBA en de WBF.

¹⁹ Cozijn 1989, p. 17 (zie noot 12); <www.statline.cbs.nl>

²⁰ Cozijn 1989, p. 33 (zie noot 12).

sing als veel te lang. Omdat er veel schriftelijk contact plaatsvond, ging daar ook kostbare tijd mee verloren.²¹

Ook was het opvallend dat in bijna alle gevallen de curator elk gevraagd bedrag kreeg waar hij om vroeg. Dit kon beginnen met enkele duizenden gulden en oplopen tot meer dan f 50.000. Er werd bij de instemming van het verzoek nauwelijks een oordeel over de hoogte van het bedrag geformuleerd. De mededeling dat elk voorschot in een redelijke verhouding moest staan met de verhaalsmogelijkheden van de curator werd in de praktijk niet of nauwelijks getoetst.²² Er vond dus bij de uitvoering van de voorschotregeling slechts een marginale toetsing plaats.²³

6.3.2 *Vervanging van de voorschotregeling*

Bij het evaluatieonderzoek van de WBF regeling in 1989 is de belangrijkste conclusie dat de voorschotregeling van de WBF heel weinig door de curatoren werd gebruikt.²⁴ De voorschotregeling moest, zo concludeerde het onderzoek, voor de curator aantrekkelijker worden gemaakt.

De wetgever heeft zich de uitkomsten van het onderzoek aangetrokken, want de voorschotregeling werd vervangen. De ervaringen die met deze eerste regeling werden opgedaan vormden de basis voor het in 1993 inwerking getreden en in 2005 gewijzigde Besluit Garantstellingsregeling Curatoren.²⁵

6.3.3 *Het doel en de strekking van de Garantstellingsregeling 1993/2005*

Het doel van de Garantstellingsregeling 1993/2005 is de curator mogelijk te maken in het geval hij een lege boedel aantreft een rechtsvordering in te stellen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of de faillissementspauliana of een onderzoek naar een dergelijke vordering in te stellen. De aansprakelijkheid van de bestuurder noch de toepassing van de Garantstellingsregeling is beperkt tot gevallen waarin sprake is van frauduleuze handelingen. Ook een bestuurder die te goeder trouw is, maar zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld en ook in een dergelijk geval kan een garantstelling verstrekt worden.²⁶

Door de Garantstellingsregeling krijgt de curator van het Ministerie van Justitie een krediet om een rechtsvordering in te stellen als de boedel daartoe geen

²¹ Cozijn 1989, p. 33 (zie noot 12).

²² Cozijn 1989, p. 35 (zie noot 12).

²³ Cozijn 1989, p. 6 (zie noot 12).

²⁴ Cozijn 1989, p. 33 (zie noot 12).

²⁵ *Stert.* 1993, 76 d.d. 21 april 1993, later gewijzigd bij besluit *Stert.* 3 januari 2005.

²⁶ C.W.M. Slegers, De Garantstellingsregeling curatoren geëvalueerd, *TvI* 2001-3, p. 91. Hiervan is sprake als bijvoorbeeld jaarcijfers niet tijdig zijn gepubliceerd.

of onvoldoende middelen biedt.²⁷ Blijkens artikel 2 van de Garantstellingsregeling 2005 wordt het voorschot verstrekt in de vorm van een garantstelling ten behoeve van een door de curator te openen rekening-courant bij de KAS BANK NV. Bovendien mag men alleen van de garantstelling gebruik maken indien er geen actief in de boedel is. Blijkens artikel 2 lid 9 GSR 2005 dienen eventuele baten eerst te worden aangewend ter dekking van de reeds gemaakte kosten die zijn gemaakt met het doel waarvoor de garantstelling is verleend. De Garantstellingsregeling 1993/2005 is geen ‘blanco cheque’. Immers artikel 2:138 BW moet in verband met het systeem van Faillissementsrecht worden gezien. Bij faillissement is er een collectief verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers. Daarom dient de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Ook bij het instellen van een vordering op grond van artikel 2:138/248 BW dient de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Dit brengt met zich mee dat de curator geen rechtsovereenkomst mag instellen wanneer wél sprake is van fraude maar een vordering tegen de bestuurder toch geen voordeel voor de boedel oplevert, bijvoorbeeld wegens gebrek aan verhaal.²⁸ Dit is ook in artikel 3 sub e van de Garantstellingsregeling 2005 terug te vinden: Een aanvraag van een voorschot wordt afgewezen indien daaruit blijkt dat de hoogte van de verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het redelijkerwijs te verwachten bedrag dat door de inspanningen van de aanvrager kan worden verhaald. Het zal vooral aankomen op de te verwachten baten van de aansprakelijkstelling.

6.4 De Garantstellingsregeling in de praktijk

6.4.1 Evaluatieonderzoek

In 1999 is in opdracht van het Ministerie van Justitie onderzoek gedaan naar de effectiviteit en kwaliteit van de Garantstellingsregeling 1993.²⁹ In dit evaluatieonderzoek³⁰ zijn een aantal aanbevelingen gedaan, waarvan enkele aanbevelingen doorgevoerd zijn in de nieuwe regeling die per 8 januari 2005 in werking is getreden. Opnieuw wilde het Ministerie van Justitie dat de Garantstellingsregeling werd geëvalueerd, zodat het een bijdrage levert voor een nieuwe regeling die in 2006 in werking zou moeten treden. Om die reden is er in 2006 een nieuw rapport verschenen.³¹ Uit deze beide onderzoeken kan het volgende over de praktijk worden opgemaakt.

²⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 36.

²⁸ R.D. Vriesendorp, F.M.J. Verstijlen & C.W.M. Slegers, *De Garantstellingsregeling curatoren, Rapport van de evaluatie van de werking van de Garantstellingsregeling curatoren in de praktijk*, Tilburg: Schoordijk Instituut 1999, p. 10-11.

²⁹ Vriesendorp, Verstijlen & Slegers 1999 (zie noot 28).

³⁰ Het evaluatieonderzoek is in opdracht van het Ministerie van Justitie door de Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen en Insolventierecht (TOGI) verricht.

³¹ Vriesendorp e.a. 2006 (zie noot 8).

6.4.2 Toetsingscriteria

Het Ministerie van Justitie toetst een verzoek om een garantstelling aan de criteria die in artikel 3 Garantstellingregeling Curatoren 2005³² (GSR 2005) zijn opgenomen. Nadat een verzoek is ingediend, vindt een toetsing plaats door de rechter-commissaris. Deze adviseert vervolgens aan het Ministerie van Justitie. Sinds 1 januari 2005 dient hij zijn advies te motiveren.³³

De criteria in artikel 3 GSR 2005 gelden zowel voor een nieuwe aanvraag als voor een verzoek om verhoging van een bedrag.

De volgende toetsingscriteria gelden voor de beoordeling van een aanvraag:

- De curator moet kunnen aantonen dat de boedel ontoereikend is voor het instellen van een verhaalsonderzoek, rechtsvordering of voor het instellen van een voorafgaand vooronderzoek daartoe (artikel 3 sub a).
- Het verzoek moet gronden bevatten waarop het berust (artikel 3 sub b).
- Een aanvraag moet een beredeneerde schatting bevatten van de kosten en de omvang van een in te stellen rechtsvordering (artikel 3 sub c).
- Een aanvraag moet een schriftelijke gemotiveerde goedkeuring van de rechter-commissaris bevatten. Deze eis is in de nieuwe regeling ingevoerd (artikel 3 sub d).
- Uit de aanvraag moet blijken dat de hoogte van de verzochte garantstelling in een redelijke verhouding staat tot de verhaalsmogelijkheden door de curator (artikel 3 sub e). Het Ministerie voegt hieraan de eis toe dat de verhouding tussen de kosten (die de curator maakt voor de gevraagde garantstelling) en de verwachte opbrengst 1:4 moet zijn, hetgeen niet in de GSR 2005 is opgenomen.³⁴
- De verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantie en die van de totale schulden (van de boedel) moet proportioneel zijn. Dit criterium staat niet in de regeling zelf, maar is in 2002/2003 aan de beoordeling van aanvragen toegevoegd. De reden dat dit laatste criterium is toegevoegd is dat vaak de kosten hoger werd ingeschat en er teveel garanties werden uitgegeven voor te hoge bedragen.³⁵

De onderzoekers³⁶ noemen de laatste twee punten de 'redelijke verhoudingstoetsen'.³⁷

³² Deze regeling is als bijlage opgenomen.

³³ Vriesendorp e.a. 2006, p. 28 (zie noot 8).

³⁴ Vriesendorp e.a. 2006, p. 25 (zie noot 8); Rb. Rotterdam 3 januari 2005, *WET* 03/3635-HH (niet-gepubliceerd).

³⁵ Vriesendorp e.a. 2006, p. 25 (zie noot 8).

³⁶ De Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen en Insolventierecht (TOGI).

³⁷ Vriesendorp e.a. 2006, p. 25 (zie noot 8).

6.4.3 Aantal aanvragen

In de praktijk blijkt dat niet veel curatoren gebruik maken van de Garantstellingsregeling. Dit blijkt uit de cijfers die het Ministerie van Justitie gepubliceerd heeft. In de periode 1999 tot en met 2005 zijn door het Ministerie van Justitie 534 dossiers opgemaakt met betrekking tot aanvraag terwijl er in die periode 35.902 faillissementen van de vennootschappen zijn uitgesproken. Dit houdt in dat er in ongeveer 1,5% van de faillissementen een beroep is gedaan op de Garantstellingsregeling.³⁸ Dit getal is ook opvallend omdat uit ander onderzoek blijkt dat de voornaamste oorzaak van faillissement vooral is de laconieke houding van het management/bestuurders.³⁹ Er zijn aanwijzingen dat ondernemingen gemiddeld pas zestien maanden na het ontstaan van een strategische crisis ingrijpen. Bovendien is een andere oorzaak van faillissement dat er geen snelle en adequate reorganisatie van een onderneming plaatsvindt: Er wordt geen echt 'turnaround plan' gemaakt dat gebaseerd is op strategie, of een operationeel en financieel plan van aanpak. Voorts is een andere faalfactor dat belangrijke belanghebbenden niet in een proces betrokken worden: de banken worden slecht geïnformeerd en belangrijke crediteuren worden in een proces genegeerd.⁴⁰ Men zou dus een sterker verband met onbehoorlijk bestuur en in meer gevallen een beroep op de regeling verwachten. Voorts blijkt uit het evaluatieverslag van TOGI dat de aanvragen grotendeels betrekking hebben op bestuurdersaansprakelijkheid (63%). Ook wordt in de praktijk met enige regelmaat een garantstelling gevraagd voor een combinatie van bestuurdersaansprakelijkheid en faillissementspauliana.⁴¹ Hieruit zou men kunnen afleiden dat de Pauliana als zodanig geen populaire actie is.⁴²

Het is ook opvallend dat er in de loop des tijds steeds minder aanvragen voor een garantstelling zijn gedaan. Uit de onderstaande tabel is af te lezen dat in 1999 91 keer een aanvraag voor een garantstelling is gedaan en in 2005 slechts 75 keer.

³⁸ Vriesendorp e.a. 2006, p. 43 (zie noot 8).

³⁹ J. Adriaanse, Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?, *TMD* 2006-3, p. 69-70.

⁴⁰ Adriaanse 2006, p. 69-70 (zie noot 39).

⁴¹ Vriesendorp e.a. 2006, p. 18 (zie noot 8).

⁴² G. van Dijk, *De faillissementspauliana: revisie van een relict*, Nijmegen: WLP 2006, p. 97.

Jaar	Dossier- nrs	Aan- tal	Faillisse- menten (totaal)	Percentage t.o.v totaal aantal faillis- se-menten	Faillisse- menten (rechts- personen)	Perce- tage t.o.v. faillisse- menten rechts- perso- nen
1999	558-648	91	3652	2.37	3238	2.81
2000	649-720	72	4303	1.6	3579	2.01
2001	721-781	61	5654	1.06	4330	1.41
2002	782—853	70	6588	1.06	4963	1.41
2003	854-932	79	8533	0.9	6368	1.24
2004	933-1018	86	9108	0.92	6648	1.29
2005	1019-1092	75	9748	0.84	6780	1.11
	totaal	534	47586	1.09	35906	1.49

Bron: CBS Statline⁴³

6.4.4 Toekenning en de afwijzing van de garantstelling

Niet alleen is het aantal aanvragen in de loop des tijds gedaald, maar ook blijkt uit het onderstaande overzicht dat het aantal toekenningen voor het verlenen van een garantstelling is gedaald. Het Ministerie van Justitie weigert een garantstelling af te geven als niet zeker is dat een eventuele veroordeling van de derde ook daadwerkelijk verhaal voor de boedel oplevert. Maar een curator kan niet in elke situatie aantonen dat de aan te spreken bestuurder verhaal biedt. Hooguit kan hij aangeven dat hij verwacht door een bestuurder te dreigen met een procedure, deze alsnog betaalt. In een dergelijk geval wijst het Ministerie een aanvraag af.⁴⁴

⁴³ Vriesendorp e.a. 2006, p.17 (zie noot 8).

⁴⁴ Vriesendorp e.a. 2006, p. 26 (zie noot 8).

Jaar	Aantal verzoeken	Aantal afwijzingen	Aantal toekenningen	Percentage toekenningen t.o.v. verzoeken
1999	91	20	71	78
2000	72	8	64	89
2001	61	21	40	66
2002	70	16	54	77
2003	79	27	52	66
2004	86	25	61	71
2005	75	21	54	72
Totaal	534	138	396	74

6.4.5 De hoogte van toekenning

Het Ministerie van Justitie heeft een overzicht gemaakt van de toegekende bedragen, waarbij niet de hoogte van aangevraagde bedragen door curatoren is bijgehouden. Daarom is ook onderzoek gedaan naar de gemiddelde hoogte van de aanvragen. In de praktijk blijken er grote verschillen te zijn tussen de door de curator gevraagde bedragen en de door het Ministerie van Justitie toegekende bedragen. Volgens de onderzoekers is een verklaring voor dit verschil dat het Ministerie van Justitie strenge eisen stelt aan de aanwezigheid van verhaal. Ook komt het voor dat een curator een aanvraag van garantstelling doet voor een procedure, terwijl deze alleen wordt toegekend voor verhaalsonderzoek.⁴⁵ In een dergelijk geval keert het Ministerie van Justitie een veel lager bedrag uit dan het door de curator gevraagde bedrag.

6.4.6 De dekking van de kosten

Het komt in de praktijk voor dat curatoren die kosten hebben gemaakt voordat garantstelling is verleend, verzoeken dat deze kosten vergoed worden. Helaas worden die kosten op grond van artikel 2 lid 4 GSR 2005 niet vergoed. Dit levert met name voor de curatoren die niet bekend zijn met deze bepaling problemen op. Ook kwam wel eens in de praktijk voor dat er een verhaalsonderzoek werd aangekondigd en de kosten hiervan later gedeclareerd werden, terwijl nog niet vast stond welke beslissing op het verzoek werd genomen. Ook toen werd het verzoek om het verhaalsonderzoek te vergoeden afgewezen.⁴⁶

⁴⁵ Vriesendorp e.a. 2006, p. 29 en 30 (zie noot 8).

⁴⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 41 (zie noot 8).

Voorts blijkt uit de enquête die de onderzoekers hielden dat de curatoren van mening zijn dat de Garantstellingsregeling 2005 in de periode 1999 tot en met 2005 de uiteindelijk gemaakte kosten niet geheel vergoedt: 36% van de ondervraagde curatoren beweert dat minder dan 50% van de gemaakte kosten door de Garantstellingsregeling wordt gedekt. Slecht 12% van de ondervraagde curatoren is van mening dat de Garantstellingsregeling 75% tot 100% van de gemaakte kosten vergoedt.⁴⁷

6.5 De knelpunten en de aanbevelingen

6.5.1 De knelpunten in de praktijk

Uit het voorgaande blijkt al dat de Garantstellingsregeling niet helemaal soepel werkt. In de evaluaties van 1999 en 2005 wordt door de onderzoekers een aantal knelpunten gesignaleerd, waarvan een aantal in deze subpar. behandeld zal worden.

Ten eerste is de Garantstellingsregeling in het kader van de strijd tegen het misbruik van vennootschappen ingevoerd en maakt zij het mogelijk dat een curator in een gefailleerde vennootschap van het Ministerie van Justitie bij een lege boedel een voorschot krijgt ter bestrijding van kosten die hij moet maken om een rechtsvordering in te stellen tegen de bestuurders van de gefailleerde vennootschappen in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur of faillissementspauliana of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheden daartoe (artikel 2:138/248 BW). Maar er zijn geen gegevens bekend over de vraag hoe vaak sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of een faillissementspauliana. Door het ontbreken van deze cijfers valt weinig over de effectiviteit van deze regeling te zeggen.

Voorts blijkt in de praktijk dat de nadruk is komen te liggen op de bescherming van de belangen van de concurrente schuldeisers. Dit is met name in de twee ‘redelijke verhouding’-toetsen terug te zien. In par. vier staat als laatste criterium voor een aanvraag van een garantstelling dat de verhouding tussen de hoogte van de gevraagde garantie en die van de totale schulden (van de boedel) proportioneel moet zijn. Hieruit kan worden afgeleid dat een opbrengst voor de boedel een essentiële invloed moet hebben op de uitkeringspercentages van de concurrente schuldeisers.

Zelfs als de doelstelling van de Garantstellingsregeling is om de belangen van de concurrente schuldeisers te beschermen, dan voldoet de regeling alsnog in een beperkte mate aan die doelstelling. Want in de praktijk blijkt dat ongeveer in 90% van de faillissementen in het geheel niets aan de concurrente schuldeisers wordt uitgekeerd.⁴⁸ En als er voor de boedel een opbrengst is, dan is het

⁴⁷ Vriesendorp e.a. 2006, p. 41 (zie noot 8).

⁴⁸ A.P.K. Luttkhuis, Begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers’ gedateerd, *TvI* 2004-3, p. 87.

nog maar de vraag of de opbrengst leidt tot een hogere uitkering aan de concurrente schuldeisers. Als de Garantstellingsregeling op deze manier wordt toegepast, dan zal de regeling geen effectieve bijdrage kunnen leveren aan de bestrijding van fraude en misbruik.⁴⁹

Ten tweede wijst het Ministerie van Justitie het verzoek tot garantstelling slechts toe als zeker is dat een veroordeling van een bestuurder ook daadwerkelijk verhaal voor de boedel oplevert. Deze strikte toepassing van het verhaals criterium is met name een belemmering wanneer van een curator snel en adequaat optreden in de beginfase van het faillissement wordt verlangd. Het Ministerie van Justitie is dit criterium in de loop des tijds steeds strenger gaan toepassen, waardoor de aanvragen voor een garantstelling steeds vaker worden afgewezen.⁵⁰ Voorts kan ik mij de onvrede goed voorstellen van veel curatoren met het nieuwe criterium inhoudende, dat het gevraagde bedrag in een redelijke verhouding moet staan tot het totaal van de schulden. Door deze twee genoemde eisen kan bij het faillissement de Garantstellingsregeling niet toegepast worden in die gevallen waarin verhaal op de aan te spreken persoon niet (voldoende) aannemelijk blijkt.⁵¹

Ten derde waren de meeste rechter-commissarissen vóór 2005 terughoudend in hun toetsing van een aanvraag van garantstelling. Meestal ging een rechter-commissaris akkoord met een verzoek tot garantstelling. De Minister van Justitie vond dat een rechter-commissaris de verzoeken grondiger moest toetsen en zijn adviezen beter moest motiveren.⁵² Naar aanleiding daarvan dient een rechter-commissaris sinds 1 januari 2005 een gemotiveerd advies te geven over een verzoek van garantstelling.⁵³ Hij dient een inhoudelijk oordeel te geven over het verzoek. Toch blijkt uit het evaluatieverslag van de onderzoekers dat deze ingevoerde regeling niet tot een grote verandering in de aanvraagprocedure heeft geleid. Uit het evaluatieverslag blijkt dat de motivering van adviezen nog steeds beperkt is en dat er ook geen inhoudelijk oordeel over een verzoek wordt gegeven.⁵⁴ Wanneer een advies wordt gemotiveerd is het ook voor de curator duidelijk op welke gronden een aanvraag wordt af- of toegewezen. Uit het evaluatieverslag blijkt dat als een beroep op de regeling wordt afgewezen, de curator meestal afziet van een procedure tegen de bestuurder. Het is dus belangrijk dat een advies door de rechter-commissaris wordt gemotiveerd, zodat het voor de curator duidelijk is op welke gronden een aanvraag wordt af- of toegewezen. Hij kan overigens bezwaar en beroep instellen tegen afwijzing van het verzoek.⁵⁵

⁴⁹ Vriesendorp e.a. 2006, p. 59-60 (zie noot 8).

⁵⁰ Zie par. 4.5.

⁵¹ Vriesendorp e.a. 2006, p. 60 (zie noot 8).

⁵² Vriesendorp, Verstijlen & Slegers 1999, p. 21 en 23 (zie noot 28).

⁵³ Op grond van art. 1 GSR 2005.

⁵⁴ Vriesendorp e.a. 2006, p. 26 en 28 (zie noot 8).

⁵⁵ Een beslissing op grond van de Garantstellingsregeling is een beschikking in de zin van art. 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Ten vierde kan de rechter-commissaris de curator verzoeken om een onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid of faillissementspauliana te doen. Maar de Garantstellingsregeling vergoedt niet de kosten die gemaakt zijn voordat de garantstelling door het Ministerie van Justitie wordt toegekend. Een curator die ter voorbereiding op een aanvraag het nodige voorwerk moet verrichten ziet deze uitsluiting als een belangrijk motief om geen gebruik te maken van de Garantstellingsregeling.⁵⁶

Ten slotte kan van de garantstelling alleen gebruik worden gemaakt indien er geen actief in de boedel is. Ook dit wordt in de praktijk als een knelpunt ervaren. Iedere opbrengst die de boedel ontvangt, dient op de rekening bij de KAS BANK NV, die geopend is ten behoeve van de garantstelling, te worden gestort. Maar naast het aanpakken van bestuurdersaansprakelijkheid moet de curator ook het faillissement afwikkelen. Dit brengt natuurlijk ook kosten met zich mee. Als het afwikkelen van het faillissement een opbrengst voor de boedel oplevert, dan moet deze eerst in mindering worden gebracht op het uitstaande saldo waarvoor de garantstelling is afgegeven. Dit betekent dat als de boedel verder geen inkomsten heeft, de curator die andere kosten voor afwikkeling van faillissement in privé zal moeten dragen.⁵⁷ Dit is ook één van de belangrijke motieven om van de gebruikmaking van de Garantstellingsregeling af te zien.

6.5.2 Aanbevelingen voor een betere werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk

De onderzoekers⁵⁸ hebben aanbevelingen gedaan voor betere werking van de Garantstellingsregeling in de praktijk. Een aantal hiervan zal hieronder behandeld worden.

In de eerste plaats doen de onderzoekers de aanbeveling dat het verhaalscriterium versoepeld moet worden en dat de redelijke verhouding-toets wordt aangepast. Dit lijkt mij juist. Een mogelijke optie is om een garantstelling af te geven voor het doen van onderzoek naar een ‘verdacht’ gedrag, zonder dat er helemaal aan het verhaalscriterium is voldaan. Op deze manier wordt de Garantstellingsregeling voor steeds meer curatoren aantrekkelijker om gebruik van te maken.

In de tweede plaats hebben de onderzoekers de waardering van de Garantstellingsregeling door curatoren onderzocht. In 1999 kreeg de Garantstellingsregeling een hogere waardering dan in 2006.⁵⁹ Daarbij werd onder andere gekeken naar de contacten met Ministerie van Justitie en rechter-commissaris en

⁵⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 64 (zie noot 8).

⁵⁷ Vriesendorp e.a. 2006, p. 64 (zie noot 8).

⁵⁸ De Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen en Insolventierecht (TOGI).

⁵⁹ Vriesendorp e.a. 2006, p. 57 (zie noot 8).

naar de tijdsduur en wijze van afwikkeling. Ook moest de tijdsduur van de aanvraagprocedure worden beoordeeld. Uit dit onderzoek blijkt dat men niet tevreden is over de tijdsduur van de aanvraagprocedure, de contacten met de Ministerie van Justitie en de wijze van afwikkeling. Dit negatieve beeld heeft een slechte invloed op de Garantstellingsregeling: minder curatoren willen van de regeling gebruik maken onder andere vanwege de administratieve rompslomp en de ingewikkeldheid van de regeling.

Een aanbeveling is bijvoorbeeld dat de curatoren beter moeten worden geïnformeerd over wat de rol is van het Ministerie van Justitie en wat van haar bij het afgeven van een garantstelling mag worden verwacht. Op deze manier heeft men dan ook niet al te hoge verwachtingen van het Ministerie van Justitie waardoor men ook een minder negatief beeld zal hebben over de Garantstellingsregeling.

Ook dient de communicatie te worden verbeterd. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de helft van de curatoren niet eens op de hoogte was van de gewijzigde voorwaarden die per 1 januari 2005 in werking zijn getreden.⁶⁰ De communicatie kan verbeterd worden door betere voorlichtingscampagnes of door dat er bijeenkomsten en congressen voor curatoren, rechter-commissarissen en de justitiemedewerkers worden georganiseerd waarin dit onderwerp en de bijbehorende wijzigingen aan de orde komen.

In de derde plaats bevelen de onderzoekers aan dat de administratieve rompslomp wordt aangepakt, vooral wat betreft de administratieve handelingen zoals de aanvraag (arti.1 GSR 2005), rapportage (art. 4 GSR 2005) en verlenging (art. 5 GSR 2005) van de garantstelling. Een manier is bijvoorbeeld om de garantstelling niet telkens voor een jaar af te geven,⁶¹ maar voor onbepaalde tijd, zodat de curator niet al te veel wordt belast met administratieve handelingen. Daarnaast brengt de jaarlijkse verlenging van garantstelling extra administratieve rompslomp met zich mee.

In de vierde plaats is het wenselijk om ook de kosten die de curator maakt vóórdat hij een aanvraag indient vergoed te krijgen. Ook sluit ik me aan bij de aanbeveling van de onderzoekers om de (proces)kosten van vóór de aanvraag en de kosten die de curator ten behoeve van het verzoek heeft gemaakt binnen de dekking te laten vallen, mits de curator deze verantwoord en deugdelijk aantoonst.⁶²

In de vijfde plaats bevelen de onderzoekers aan zekerheden in het leven te roepen. In de praktijk blijkt de verplichting tot aanwending van boedelactief ter dekking van de procedurekosten beperkt effectief te zijn. Deze verplichting brengt met zich mee dat de in het verleden gemaakte kosten door de curator een concurrente boedelschuld opleveren. Ook de schuld die voortvloeit uit

⁶⁰ Vriesendorp e.a. 2006, p. 68-69 (zie noot 8).

⁶¹ Op grond van art. 5 lid 1 GSR 2005.

⁶² Vriesendorp e.a. 2006, p. 72 (zie noot 8).

de in het kader van de Garantstellingsregeling geopende rekening-courant is een concurrente boedelschuld. Als de boedel onvoldoende actief bevat om alle boedelschulden te voldoen, zullen de boedelschulden overeenkomstig hun rang worden voldaan⁶³. Een concurrente boedelschuld heeft minder prioriteit dan een preferente boedelschuld van bijvoorbeeld het UWV en ook de fiscale boedelvorderingen hebben voorrang boven een concurrente boedelschuld.

Daarom doet het evaluatieverslag de aanbeveling dat het Ministerie van Justitie de mogelijkheid moet hebben om een zekerheidsrecht te bedingen. Dergelijke zekerheden geven het Ministerie van Justitie een voorrangspositie. Maar volgens de beslissing van de Hoge Raad kunnen die zekerheden niet op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering worden gevestigd, omdat deze niet overdraagbaar is.⁶⁴ Daarom adviseert de onderzoeksgroep net als in 1999⁶⁵ dat het mogelijk moet worden gemaakt de aansprakelijkheidsvordering overdraagbaar te maken, waarbij voor de overdracht van de vordering toestemming van de rechter-commissaris noodzakelijk is.⁶⁶ Dit maakt het ook mogelijk om de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering aan de private markt over te dragen, en dus tot 'privatisering' van de Garantstellingsregeling. Maar het gevolg van deze 'privatisering' kan zijn dat er minder in de boedel vloeit en meer bij de geldschietter achterblijft. Wanneer een commercieel bedrijf geld wil verstrekken aan de curator in het kader van faillissementsfraude, dan verwacht het bedrijf ook een rendement in de vorm van een percentage van de opbrengst. Dit is nadelig in de situatie dat er meer kosten dan baten aan de boedel zijn verbonden. Wanneer de veroordeling van bestuurders niet tot baten leidt, zal de boedelschuld alleen maar groter worden. Ook is eerder in dit hoofdstuk geconstateerd dat het niet altijd op voorhand zeker is of de veroordeling van bestuurders tot baten voor de boedel zal leiden. Dit brengt een risico voor de curator mee, hetgeen er toe kan leiden dat een curator niet van de mogelijkheid tot vervreemding of bezwaring gebruik wil maken.

Bovendien wordt een bestuurder van een BV jegens de boedel aansprakelijk gesteld wegens wanbeheer en verleent daarom aan de curator de bevoegdheid om een vorderingsrecht jegens de aansprakelijke gestelde bestuurder in te stellen. Volgens het wettelijk systeem komt deze bevoegdheid alleen aan de curator toe. De curator staat bij het uitoefenen van deze bevoegdheid onder toezicht van de rechter-commissaris en is over de wijze waarop hij zijn bevoegdheden uitoefent aan de rechter-commissaris verantwoording schuldig. Terecht is daarom de Hoge Raad van oordeel dat indien een cessie van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering toegelaten zou worden, het gevolg daarvan zou zijn dat derden zoals bijvoorbeeld een bank die vordering geldend zouden kunnen maken zonder toezicht van de rechter-commissarissen en zonder dat aan de rechter-commissaris verantwoording wordt afgelegd.⁶⁷ Ook zou dan

⁶³ Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305 (*De Ranitz qq/Ontvanger*).

⁶⁴ HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek qq*).

⁶⁵ Vriesendorp, Verstijlen & Slegers 1999, p. 61 (zie noot 380).

⁶⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 73 (zie noot 8).

⁶⁷ HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek qq*), r.o. 3.1.2.

niet meer primair ten behoeve van de boedel, maar ten behoeve van de cessio-naris worden gehandeld. Bovendien brengt het karakter van de vordering met zich mee dat die vordering *alleen* aan de curator toekomt, waarbij de mogelijkheid wordt uitgesloten om de vordering aan anderen dan aan de curator over te dragen.⁶⁸ Ik ben dan ook van mening dat een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering niet overdraagbaar zou moeten zijn en dus dat privatisering van de Garantstellingsregeling niet toegelaten zou mogen worden.

6.5.3 *Meer en intensiever claimedrag van curatoren*

De bovengenoemde aanbevelingen zijn gericht op meer en intensiever claim-gedrag van curatoren: indien de aanbevelingen door de wetgever worden overgenomen zullen ook meer curatoren onder de Garantstelling gaan claimen. Welke gevolgen brengt meer claimen met zich mee? Wellicht zal meer claimen tot een betere faillissementsbestrijding kunnen leiden. De Garantstellingsregeling zal dan een effectievere bijdrage aan de aanpak van faillissementsfraude kunnen leveren. Aan de andere kant is het mogelijk dat meer claimen door de curatoren ertoe leidt dat meer mensen bang worden om de positie van een bestuurder te bekleden en dat zij daarom hogere beloningen zullen vragen voor hun functie. Voorts kunnen bestuurders die bang zijn voor aansprakelijkstelling vaker risicomijdende beslissingen nemen, hetgeen de economie wellicht niet altijd ten goede zal komen.⁶⁹ Wel kunnen de bestuurders zich tot op zekere hoogte indekken tegen aansprakelijkheid door middel van een D&O-verzekering,⁷⁰ maar de goede naam en eer staan natuurlijk wel op het spel bij aansprakelijkstelling in privé. Ook is het niet uit te sluiten dat de aansprakelijkstelling een negatieve invloed heeft op de privé-sfeer van de aansprakelijk gestelde bestuurder.⁷¹

⁶⁸ HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek qq*), r.o. 3.1.2.

⁶⁹ M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 5.

⁷⁰ Deze verzekering beschermt bestuurders en commissarissen in hun privé-vermogen tegen aanspraken van derden, als gevolg van door hen gemaakte fouten in hun hoedanigheid als bestuurder of commissaris. De verzekering dekt aansprakelijkheid die voortvloeit uit onrechtmatige daden en wanprestatie. Daarnaast biedt de verzekering dekking voor verweer- en proceskosten tegen aanspraken van derden. Voor de dekking onder de polis is vereist dat de claim is ingesteld binnen de looptijd van de verzekering. De D&O-verzekering biedt geen bescherming indien de schade met opzet of roekeloosheid is toegebracht. Voorts biedt deze verzekering geen bescherming bij strafrechtelijke vergrijpen en bij ongerechtvaardigde bevoordeling van verzekerden en/of derden.

⁷¹ M. de Kolt-de Wolde/G. Potjewijd, *Verzekering en vrijwaring, Ondernemingsrecht* 2005-8, p. 279 en 281.

6.6 Verhouding tussen strafrechtelijke aanpak en civielrechtelijke aanpak van faillissementsfraude

6.6.1 De strafrechtelijke aanpak

Naast civielrechtelijk aanpak is ook een strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude mogelijk. De strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude is gericht op repressie en preventie en zorgt ervoor dat bestuurders niet ‘begunstigd’ worden door opheffing van faillissement wegens gebrek aan baten.⁷² Faillissementsfraude, die in het Wetboek van Strafrecht⁷³ aangeduid wordt als bankbreuk, is in titel XXVI van het WvSr strafbaar gesteld.⁷⁴

6.6.1.1 Rol van de betrokken partijen

Het Openbare Ministerie (OM) heeft de verantwoordelijkheid voor strafrechtelijke vervolging van faillissementsfraude. Voordat het tot vervolging overgaat, dient er eerst een aangifte te zijn gedaan bij de politie. De curator is niet verplicht een aangifte te doen, maar kan wel op grond van artikel 161 Sv aangifte doen.

Wanneer er een aangifte is gedaan, neemt het OM de beslissing of het al dan niet zal gaan vervolgen. Daarnaast kan het OM kiezen om te seponeren of de zaak met een transactie af te doen.⁷⁵ In beginsel is voor het OM niet belangrijk of de verdachte bestuurder verhaal biedt, want strafvervolging is primair gericht op bestraffing van de dader. Wanneer blijkt dat de verdachte na veroordeling geen of onvoldoende verhaal biedt voor de opgelegde geldboete, kan de opgelegde straf met behulp van een vervangende hechtenis ten uitvoer gelegd worden.⁷⁶

Het onderdeel van het Belastingdienst, FIOD/ECD, houdt zich ook bezig met constatering en opsporing van mogelijke fraude. De FIOD/ECD heeft een speciale kennisgroep Faillissementsfraude ingesteld die het doel heeft een bijdrage te leveren aan intensievere bestrijding van faillissementsfraude. Ook neemt hij zelf aangiften op. Vervolgens worden deze aangiften in een database opgenomen. De Kennisgroep werkt samen met curatoren, rechter-commissarissen, het OM en algemene en specialistische eenheden van de politie. Na overleg tussen Officier van Justitie en FIOD/ECD over beoordeling over aangifte, wordt besloten of al dan niet een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Indien een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld, wordt

⁷² Zie art. 16 lid 1 Fw.

⁷³ Hierna genoemd als WvSr.

⁷⁴ Onder titel XXVI staan art. 340-349 WvSr.

⁷⁵ Knecht e.a. 2005, p. 38 (zie noot 2).

⁷⁶ Vriesendorp, Verstijlen & Slegers 1999, p. 11 (zie noot 28).

het onderzoek gedaan door rechercheurs van de FIOD/ECD onder leiding van een Officier van Justitie.⁷⁷

Ten slotte is ook het UWV in een faillissement betrokken. Blijkens de loongarantieregeling neemt het UWV gedurende een bepaalde periode de loonverplichtingen ten opzichte van de werknemers van de failliete onderneming over. Dit heeft tot gevolg dat eventueel achterstallig loon door het UWV uitbetaald wordt. Daarnaast staat het UWV de mogelijkheid ter beschikking om zelfstandig een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure te beginnen. Het UWV heeft haar eigen opsporingsdienst die onder meer fraude opspoor.⁷⁸

6.6.1.2 Motieven voor lage aangiftebereidheid

Het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) heeft een onderzoek naar aard en omvang en mogelijkheden van bestrijding van faillissementsfraude sinds oktober 2004 verricht. In 2005 is er hiervan een rapport gepubliceerd.⁷⁹ Uit dit rapport blijkt dat de strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude nauwelijks effect heeft. Dit komt met name door het lage aantal vervolgingen dat het gevolg is van lage aangiftebereidheid onder curatoren: uit het HSI-rapport blijkt dat in ongeveer 10% van de 212 zaken een aangifte door de curator wordt gedaan. Daarvoor is een aantal redenen te noemen.

De eerste reden voor de lage aangiftebereidheid is dat de meeste van de ondervraagde curatoren er geen vertrouwen in hebben dat politie en justitie iets met de aangifte zullen doen.⁸⁰ Het doen van aangifte neemt veel tijd in beslag en als de curatoren er geen vertrouwen in hebben dat politie en justitie verdere acties ondernemen dan zijn de curatoren ook niet bereid aangifte te doen. Voorts is het ook bekend dat de kans op veroordeling klein is: volgens de CBS-statistiek is in ongeveer in 7,3% van 2188 gefailleerde vennootschappen sprake van vermoedelijke strafbare benadeling.⁸¹

Uit het HSI-rapport 2005 blijkt dat de tweede reden voor de lage aangiftebereidheid gelegen is in het gebrek aan interesse en deskundigheid bij de politie en het capaciteits- en expertisegedbrek bij FIOD/ECD en OM. Door de beperkte beschikbare capaciteit van het OM kiest de Officier van Justitie bij aangifte wegens faillissementsfraude regelmatig voor het beleidssepot.⁸² Voorts blijkt uit het HSI-rapport 2005 dat de samenwerking tussen betrokken partijen moeizaam verloopt. Zo blijkt de samenwerking tussen curatoren met de belastingdienst en de UWV per regio nogal te verschillen. Volgens sommige cura-

⁷⁷ Knegt e.a. 2005, p. 38 en 39 (zie noot 2).

⁷⁸ Knegt e.a. 2005, p. 112 (zie noot 2).

⁷⁹ Dit rapport zal genoemd worden als HSI-rapport 2005.

⁸⁰ Knegt e.a. 2005, p. 88 (zie noot 2).

⁸¹ R. Knegt, J.R. Popma & I. Zaal, Faillissementsfraude en de rol van de curator, *TvI* 2006-3, p. 83.

⁸² Knegt e.a. 2005, p. 38 (zie noot 2).

toren blijkt de kwaliteit van samenwerking vooral afhankelijk te zijn van het persoonlijk contact met een bepaalde functionaris.⁸³

De derde reden is dat een frauduleus faillissement door een curator niet altijd wordt herkend. Niet alleen is bijzondere kennis van de juridische kant van de zaak vereist, maar ook is administratieve kennis van de bedrijfseconomische en boekhoudkundige aspecten van een faillissement vereist. Wat betreft het laatste hebben sommige curatoren gebrekkige kennis.⁸⁴

De vierde reden is dat het doen van aangifte de boedel niet ten goede komt. Het doen van aangifte kost alleen maar tijd en geld, hetgeen ten koste gaat van de boedel.⁸⁵

6.6.2 *Aanbevelingen voor een betere strafrechtelijke aanpak*

Ter verbetering van de strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude dient een aantal maatregelen te worden genomen.

Om de lage aangiftebereidheid aan te pakken, stelt het HSI-rapport 2005 terecht voor dat de curator in het kader van maatschappelijke verantwoordelijkheid verplicht moet worden gesteld tot het doen van aangifte in frauduleuze faillissementen.⁸⁶ De verplichting tot het doen van aangifte dient in de Fw opgenomen te worden. Indien deze verplichting op de curator wordt gelegd, dient de boedel (waaruit zijn salaris moet worden betaald) een redelijke vergoeding van het OM te ontvangen.⁸⁷ Het gevolg hiervan zal mogelijk zijn dat er meer aangiften door de curatoren gedaan zullen worden.

Voorts is het van belang dat de samenwerking tussen betrokken partijen wordt versterkt. Het is van belang dat de instellingen als belastingdienst en UWV een vast aanspreekpunt voor curatoren hebben. Ook leidt een regionaal overleg tussen curatoren onderling en tussen curatoren, belastingdienst, UWV en politie tot versterking van de samenwerking.⁸⁸ Door verbetering van samenwerking zullen de betrokken beter en meer met elkaar communiceren hetgeen van belang is voor verbetering van strafrechtelijke aanpak.

Ten slotte dient de overheid meer geld in de uitbreiding van capaciteit en expertise van het OM te investeren zodat het OM bijvoorbeeld niet overgaat tot beleidsseponering. Ook dienen de curatoren beter en deskundiger te worden opgeleid en bij gebrek aan kennis van aspecten van strafrechtelijke aanpak moet sneller een accountant ingeschakeld te worden.⁸⁹

⁸³ Knegt e.a. 2005, p. 142 (zie noot 2).

⁸⁴ Knegt, Popma & Zaal 2006, p. 83 (zie noot 81).

⁸⁵ Knegt e.a. 2005, p. 138 (zie noot 2).

⁸⁶ Knegt e.a. 2005, p. 142 (zie noot 2).

⁸⁷ Vriesendorp, Verstijlen & Slegers 2006, p. 80 (zie noot 8).

⁸⁸ Knegt e.a. 2005, p. 142 (zie noot 2).

⁸⁹ Knegt e.a. 2005, p. 141 (zie noot 2).

6.6.3 De samenwerking

Er is in de literatuur veel discussie over in welke mate een curator, die door de wet primair met de opdracht is belast de private belangen van de faillissementsschuldeisers te behartigen, daarnaast publieke verantwoordelijkheid heeft.⁹⁰ Maatschappelijk gezien is de curator verplicht een aangifte te doen bij vermoeden van faillissementsfraude die ten nadele voor de boedel kan zijn dan wel dat de curator voor aansprakelijkheid moet vrezen.⁹¹ Maar de maatstaf is of hij als redelijk handelend en oordelend curator tot het besluit van aangifte c.q. indienen van claim had kunnen komen.⁹² Die maatstaf geeft hem al zoveel vrijheid dat hij voor aansprakelijkstelling minder zou moeten vrezen. Wel is het effect van ten onrechte aansprakelijk worden gesteld dat er veel tijd en geld van de boedel gestoken moet worden in het verweer tegen die claim. Volgens de Recofa-richtlijn dient een curator zich tegen een aansprakelijkheid te dekken. Deze aansprakelijkheid dient te betreffen dekking voor beroepsfouten voor zover de curator hiervoor aansprakelijk kan zijn.⁹³

Voorts beschikt de curator over minder mogelijkheden dan het OM om te achterhalen waar de verdwenen goederen van de boedel zijn gebleven en hij kan ook niet overal beslag op leggen. Het OM heeft wel opsporingsmogelijkheden, maar kan, buiten het strafrechtelijke beslag in het kader van waarheidsvinding, geen beslag leggen op de goederen van de failliete boedel. Daarom moet worden gestreefd naar een betere afstemming tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke aanpak.⁹⁴ Door betere samenwerking tussen politie, justitie en de curator – bijvoorbeeld tijdens een doorzoeking van de woning van een verdachte van een faillissementsfraude – kan het OM bewijsmaterialen voor de strafzaak verzamelen en kan de curator aangetroffen gelden in beslag nemen ten gunste van de boedel.⁹⁵

De wetgever dient naar mijn mening een duidelijke richtlijn voor de samenwerking op te stellen. De wetgever zou bijvoorbeeld in de wet moeten opnemen dat er een aangifteplicht is van de curator. In een dergelijke richtlijn dient duidelijk de verdeling van samenwerking tussen politie, justitie en de curator

⁹⁰ W. Aerts, De rol van de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude, *TvI* 2005-1, p. 7-13; C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

⁹¹ HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou*).

⁹² E. Meijer, *INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren en ReCoFa Richtlijnen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 2.

⁹³ Volgens punt 1.32 Recofa-richtlijn dient zie M.A.L.M. Willems, *Richtlijnen, praktijkregels en statistiek: Beschouwingen op de Praktijkregels*, Deventer: Kluwer 2006, p. 26.

⁹⁴ *Kamerstukken II*, 2003/04, 27 244, nr. 22, p. 8.

⁹⁵ In de praktijk is deze samenwerking van het IFT Zuid met een curator geweest, waarbij de resultaten van deze werkwijze heel goed waren, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 27 244, nr. 22.

te zijn opgenomen. Hierbij kan gedacht worden aan een bepaling waarin staat dat wanneer het OM bij vervolging geld heeft getroffen dat de curator hiervan op de hoogte wordt gesteld en dat het geld in de boedel terecht komt.

Tenslotte dient de overheid in het kader van faillissementsfraude één centrale databank op te richten waarin alle informatie van Belastingdienst, de UWV, het Ministerie van Justitie en van Kamer van Koophandel verzameld wordt. Dit zal de overheid uiteraard veel geld kosten, maar de extra investering verdient zich naar mijn mening terug: de curator en het OM zullen minder tijd nodig hebben om veel informatie over de betrokken bestuurder in te winnen, hetgeen ertoe zal leiden dat een curator meer en vaker kan claimen. Het gevolg daarvan zal wellicht een betere aanpak van faillissementsfraude zijn.

6.7 Conclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: in hoeverre is de Garantstellingsregeling een nuttig instrument? Voor de beantwoording van deze vraag dient eerst naar het doel van de Garantstellingsregeling gekeken te worden. De Garantstellingsregeling is in het kader van de strijd tegen het misbruik van vennootschappen ingevoerd en maakt het mogelijk dat curatoren in een gefailleerde vennootschap van het Ministerie van Justitie bij een lege boedel een voorschot krijgen ter bestrijding van kosten die zij moeten maken om een rechtsvordering in te stellen tegen de bestuurders van de gefailleerde vennootschappen in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur of faillissementspauliana of ten behoeve van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheden daartoe (artikel 2:138/248 BW). Maar er zijn geen gegevens bekend over de vraag hoe vaak sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur of een faillissementstpauliana. Door het ontbreken van deze cijfers valt weinig over de effectiviteit van deze regeling te zeggen.

Wel kan geconcludeerd worden dat de Garantstellingsregeling geen grote rol in faillissementen speelt. In de periode 1999 tot en met 2005 zijn door het Ministerie van Justitie 534 dossiers opgemaakt met betrekking tot aanvraag terwijl er in die periode 35.902 faillissementen van de vennootschappen zijn uitgesproken. Dit houdt in dat men in ongeveer 1,5% van de faillissementen een beroep heeft gedaan op de Garantstellingsregeling.⁹⁶ Dat is bijzonder weinig als men beseft dat enerzijds veel faillissementen ontstaan door mismanagement en anderzijds weinig failliete boedels toereikend zijn om de faillissementsschuldeisers te voldoen. Voorts blijkt uit statistische gegevens dat het aantal aanvragen voor garantstelling in 2005 ten opzichte van 1999 is gedaald. Opvallend is ook dat in 2005 het aantal toekenningen ten opzichte van 1999 is gedaald.

⁹⁶ Vriesendorp e.a. 2006, p. 43 (zie noot 8).

Bovendien worden de procedures om een voorschot te krijgen omslachtig en tijdrovend genoemd en de verschillende instanties die betrokken zijn bij de bestrijding van faillissementsfraude zijn niet goed op elkaar afgestemd.

Eén van de belangrijkste aanbevelingen die de onderzoeksgroep TOGI doet is de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering overdraagbaar te maken. Dit zal tot privatisering van de Garantstellingsregeling leiden. Maar het gevolg van deze ‘privatisering’ kan zijn dat er bij succesvol verhaal minder in de boedel vloeit en meer bij de geldschietter achterblijft. Wanneer een commercieel bedrijf geld wil verstrekken aan de curator in het kader van faillissementsfraude, dan verwacht het namelijk ook een rendement in de vorm van een percentage van de opbrengst. Dit is nadelig in de situatie dat er meer kosten dan baten aan de boedel zijn verbonden. En wanneer de veroordeling van bestuurders niet tot baten leidt, zal de boedelschuld net als bij de voorschotregeling alleen maar groter worden. Ook is het niet altijd op voorhand zeker of de veroordeling van bestuurders tot baten voor de boedel zal leiden. Dit brengt een risico voor de curator mee, hetgeen er toe kan leiden dat een curator niet van de mogelijkheid tot vervreemding of bezwaring gebruik wil maken.

Voorts staat de curator staat bij het uitoefenen van deze bevoegdheid onder toezicht van de rechter-commissaris en is hij over de wijze waarop hij zijn bevoegdheden uitoefent aan de rechter-commissaris verantwoording schuldig. Terecht is daarom de Hoge Raad⁹⁷ van oordeel dat indien een cessie van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering toegelaten zou worden, het gevolg daarvan zou zijn dat derden, zoals bijvoorbeeld een bank, die vordering geldend zouden kunnen maken zonder toezicht van de rechter-commissaris en zonder dat aan de rechter-commissaris verantwoording wordt gelegd. Er zou ook niet meer primair ten behoeve van de boedel, maar ten behoeve van de cessionaris worden gehandeld. Ook brengt het karakter van de vordering met zich mee dat die vordering *alleen* aan de curator toekomt, waarbij de mogelijkheid wordt uitgesloten om de vordering aan anderen dan aan de curator over te dragen.⁹⁸ Mijn inziens is het dan ook niet wenselijk dat een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering overdraagbaar wordt gemaakt en dus zou privatisering van de Garantstellingsregeling niet toegelaten mogen worden.

Naast een civielrechtelijke aanpak is ook een strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude mogelijk. Uit het HSI-rapport 2005 blijkt dat ook de strafrechtelijke aanpak van faillissementsfraude nauwelijks effect heeft. Dit komt met name door het lage aantal vervolgingen dat het gevolg is van lage aangiftebereidheid onder curatoren.

Het voorgaande laat dus in elk geval zien dat er grote vraagtekens te plaatsen zijn bij de effectiviteit van de Garantstellingsregeling. Naar mijn mening kan

⁹⁷ HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek qq*).

⁹⁸ HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek qq*), r.o. 3.1.2.

de Garantstellingsregeling nuttiger worden als de aanbevelingen die uit eerdere onderzoeken voortvloeiden en de aanbevelingen die in dit hoofdstuk zijn gedaan door de wetgever worden overgenomen. De aanbevelingen zijn gericht op meer en intensiever claimedrag van curatoren. Wanneer de wetgever de aanbevelingen overneemt zullen curatoren wellicht meer gaan claimen. Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat er een betere aanpak van faillissementsfraude zal plaatsvinden.

Daarnaast verdient het aanbeveling om tot een betere afstemming en samenwerking te komen bij de civielrechtelijke aanpak en de strafrechtelijke aanpak. De wetgever dient voor de samenwerking een duidelijk richtsnoer op te stellen. Een aanbeveling is om een aangifteplicht van curatoren in de wet op te nemen. Voorts dient er één centrale databank te worden opgezet waarin alle informatie van Belastingdienst, de UWV, het Ministerie van Justitie en van Kamer van Koophandel wordt opgeslagen. Dit kan er aan bijdragen dat een curator en het OM minder tijd nodig hebben om veel informatie over de betrokken bestuurder in te winnen. Ook dit kan wellicht bijdragen aan een betere aanpak van faillissementsfraude.

VII Loondoorbetaling door het UWV bij faillissement

Evy Panneflek

7.1 Inleiding

Voor de doorsnee werknemer speelt de arbeidsovereenkomst een centrale rol in zijn leven. Hij is voor een groot deel afhankelijk van de inkomsten die hij geniet uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst. Het wegvallen van deze inkomsten kan dan ook desastreuze gevolgen hebben voor de werknemer. Ten gevolge van een faillissement kan een werknemer blijven zitten met onvervulde loonaanspraken. Om de financiële gevolgen van een faillissement voor werknemers zoveel mogelijk te beperken is er in de jaren '70 een publiekrechtelijke regeling ingevoerd welke hun soelaas kan bieden: de loongarantieregeling.

De loongarantieregeling is een voorziening om te waarborgen dat werknemers bij faillissement niet met onvervulde loonaanspraken blijven zitten. De vraag is of er wellicht andere mogelijkheden beschikbaar zijn om een dergelijke waarborg te bieden. In deze bijdrage zal ik mij bezighouden met de volgende vraag. De loongarantieregeling: handhaven, aanpassen of zelfs geheel vervangen? Om antwoord te kunnen geven op deze vraag zal ik eerst uiteenzetten wat de doelstelling van de loongarantieregeling was (par. 2) en wat de inhoud van de huidige regeling is (par. 3). Achtereenvolgens komen dan nog aan bod: de paritas creditorum regel (par. 4), premiebetaling (par. 5), beleidsalternatieven (par. 6) en tot slot de conclusie (par. 7).

7.2 Doelstelling loongarantieregeling

Naar aanleiding van een aantal in korte tijd opeenvolgende faillissementen van bedrijven, die de lonen van hun werknemers niet meer konden betalen, heeft de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid een brief d.d. 16 november 1966¹ geschreven aan de Sociaal Economische Raad (hierna: SER). In deze brief vraagt de minister om advies omtrent de vraag of en zo ja welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om het financiële nadeel voor de door sluiting van een onderneming getroffen werknemers op te

¹ Zie bijlage van *Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen* (advies van 22 februari 1967, nr. 2), Den Haag: SER 1967 nr. 2.

vangen. De SER heeft de voorbereiding op deze vraag opgedragen aan zijn Commissie Sociale Verzekeringen.²

De Commissie vangt haar overwegingen aan met de constatering, dat de sluiting van ondernemingen wegens onvoldoende financiële middelen voor alle daarbij betrokkenen (eigenaren van de ondernemingen, werknemers en crediteuren) ernstige gevolgen zouden kunnen hebben. Voorts erkent de Commissie dat vanwege de sociaal economische markt waarop een onderneming werkzaam is, zich steeds de mogelijkheid zal voordoen dat een onderneming failliet kan gaan. Volgens de Commissie hoeft dit echter niet te betekenen dat de nadelige gevolgen van een faillissement zonder meer zouden moeten worden aanvaard. Voor degenen die wegens hun zwakke sociale positie het minst in staat zijn de nadelige gevolgen van een faillissement te dragen dan wel door het faillissement het zwaarst getroffen worden, wordt het door de Commissie wenselijk geacht dat er 'voorzieningen worden getroffen om deze nadelige gevolgen weg te nemen of althans te beperken. Het lijdt geen twijfel dat in het algemeen de werknemers van sluiting van ondernemingen ernstige gevolgen kunnen ondervinden'. Naar het oordeel van de Commissie 'pleiten soortgelijke overwegingen als die, welke hebben geleid tot het beperken van de financiële gevolgen van het verlies van de werkkring, ervoor om voorzieningen te treffen welke waarborgen dat de werknemer geen schade ondervindt indien bij sluiting van de onderneming het loon dat hem toekomt wegens in het verleden verrichtte arbeid, bij gebrek aan financiële middelen niet aan hem kan worden uitbetaald. De omstandigheid, dat de loondoorbetaling voor de werkgever de tegenprestatie vormt van door de werknemer verrichte arbeid, versterkt naar het oordeel van de Commissie slechts de wenselijkheid van een regeling, welke waarborgt dat de werknemer een uitkering gelijk aan het achterstallige loon ontvangt.'

In de Memorie van Toelichting³ wordt het bovenstaande onderschreven. Er kan dus gesteld worden dat de loongarantieregeling tot stand kwam met als doel de financiële gevolgen te beperken voor werknemers die ten gevolge van faillissement met onvervulde loonaanspraken zouden blijven zitten.

7.3 Inhoud van de loongarantieregeling

In het onderstaande zal in het kort uiteengezet worden wat de huidige loongarantieregeling inhoudt. Allereerst volgt een historische schets (par. 7.3.1) en daarna komt de inhoudelijke behandeling (par. 7.3.2) van de regeling aan bod, waarbij aandacht wordt besteed aan: het recht op uitkering, de omvang van de uitkering, de financiering en regres en tot slot de Europese richtlijn.

² *Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen* (advies van 22 februari 1967, nr. 2), Den Haag: SER 1967 nr. 2.

³ *Kamerstukken II 1967/68, 9515, nr.3.*

7.3.1 Historische schets

Op 16 november 1966 heeft de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid advies gevraagd aan de SER. De SER delegeerde de adviesaanvraag aan zijn Commissie Sociale Verzekeringen en op 22 februari 1967 bracht de Commissie een advies uit, waarin werd geoordeeld dat het wenselijk is maatregelen te treffen welke waarborgen dat bij sluiting van ondernemingen de werknemers door hen in het verleden verdiende loon ontvangen. Voorts was de Commissie van oordeel dat een publiekrechtelijke regeling op haar plaats is. Van privaatrechtelijke regelingen, hetzij op nationaal niveau, hetzij op bedrijfstakniveau, kan niet worden verwacht dat zij zich tot alle werknemers zullen uitstrekken, aldus de Commissie. Tevens achtte de Commissie het gewenst dat er snel een regeling tot stand werd gebracht, hetgeen slechts door een wettelijke maatregel kon geschieden. Een half jaar later bracht de Sociale Verzekeringsraad (hierna: SVR) het haar gevraagde advies uit omtrent de technische uitwerking van een eventuele regeling. In haar advies stelde de SVR een aantal artikelen voor en gaf in overweging bedoelde regeling als een afzonderlijk hoofdstuk in de Werkloosheidswet (hierna: WW) op te nemen. In februari 1968 werd het wetsontwerp 9515 aangeboden aan de Tweede Kamer. De behandeling van het wetsvoorstel ging tamelijk vlot want reeds op 24 juli 1968 trad Hoofdstuk IIIa met als titel: 'Overneming van uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever om te betalen' in werking.

In de loop der jaren zijn er een aantal aanpassingen geweest. Bij de stelselwijziging van de WW⁴ werden de bepalingen verduidelijkt en zijn een aantal knelpunten opgelost.⁵ Tevens zijn de bepalingen opgenomen in Hoofdstuk IV van de WW. Belangrijke wijzigingen zijn verder onder andere geweest de wijziging van de WW ter uitvoering van de Richtlijn nr. 2002/74/EG⁶ en de in oktober 2006 in werking getreden Wet Wijziging WW-stelsel waarin onder meer de uitkering wegens betalingsonmacht niet meer uitsluitend gerelateerd is aan de dag van opzegging, maar de uitkering ook wordt toegekend in die situaties waarbij de dienstbetrekking anders dan door opzegging is beëindigd. De loongarantieregeling is dus geregeld in hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet. Het gaat om de artikelen 61 t/m 68 WW. Het is systematisch gezien nogal merkwaardig dat deze regeling is opgenomen in de Werkloosheidswet. De functie van de WW is het opvangen van de geldelijke gevolgen van werkloosheid. De regeling daarentegen voorziet niet in een werkloosheidsuitkering maar in het uitkeren van achterstallig loon. Er bestaat voor de werknemer dus geen recht op werkloosheidsuitkering omdat hij nog recht heeft op loon. Het

⁴ Wet van 6 november 1986, *Stb.* 566.

⁵ Zie voor overzicht knelpunten: J.M. Fleuren-Van Walsem, 'WW problemen van ex-werknemers van failliete bedrijven', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1993, p. 7-18.

⁶ Richtlijn nr. 2002/74/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 (*PbEG* 2002, L 270).

opnemen van de regeling in de WW is slechts een zaak van doelmatigheid geweest.⁷

Al met al is de loongarantieregeling in haar huidige vorm in essentie slechts weinig afwijkend van de regeling daterend uit 1968. In de volgende par. zal de regeling summier inhoudelijk behandeld worden.

7.3.2 *Inhoud van de huidige regeling*⁸

7.3.2.1 Recht op uitkering

Krachtens artikel 61 WW heeft een werknemer op grond van hoofdstuk IV WW recht op een uitkering van achterstallig loon indien hij van een werkgever die in betalingsonmacht verkeert loon, vakantiegeld of vakantiebijslag te vorderen heeft of indien hij geldelijk nadeel kan ondervinden doordat deze werkgever bedragen die hij in verband met de dienstbetrekking aan derden verschuldigd is, niet heeft betaald. Van een betalingsonmachtige werkgever is onder meer sprake als hij in staat van faillissement is verklaard.⁹ In artikel 62 WW zijn er situaties genoemd waarin het recht op een uitkering beperkt wordt. Er bestaat geen recht op uitkering op grond van hoofdstuk IV WW indien de dienstbetrekking reeds geëindigd was voordat de werkgever failliet werd verklaard. Tevens staan in dat artikel de uitzonderingen op de hoofdregeel vermeld.

7.3.2.2 Omvang uitkering

De kern van de regeling staat in artikel 64 WW. Hierin wordt de omvang van de uitkering omschreven. De uitkering omvat het loon over ten hoogste dertien weken, onmiddellijk voorafgaande aan: de dag waarop de dienstbetrekking door ontbinding eindigt, met wederzijds goedvinden eindigt, van rechtswege eindigt of de dag van opzegging van de dienstbetrekking. Het recht op uitkering omvat tevens het loon over ten hoogste de voor de werknemer geldende opzegtermijn, waarbij de opzegtermijn maximaal zes weken (ingevolge art. 40 lid 2 Fw) bedraagt. Ten slotte omvat het recht op uitkering ook het vakantiegeld, vakantiebijslag en de bedragen, die de werkgever in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is (zoals pen-

⁷ *Kamerstukken II* 1967/68, 9515, nr.3, p. 4; *Kamerstukken II* 1985/86, 19 261, nr. 3, p. 69.

⁸ Zie voor een uitgebreide inhoudelijke uiteenzetting van de loongarantieregeling A.C. Damsteegt, *De werkloosheidswet anno 2007*, reeks Actualiteiten sociaal recht, nr. 23, Deventer: Kluwer 2006, p.83 e.v.; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 525 e.v.

⁹ Daarnaast kan er sprake zijn van een betalingsonmachtige werkgever als er surséance van betaling is verleend, ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is of de werkgever die anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. In het vervolg van dit artikel zal ik mij beperken tot de situatie van faillissement.

sioenpremie), over ten hoogste het jaar onmiddellijk voorafgaande aan het einde van de dienstbetrekking.

7.3.2.3 Financiering en regres

De bekostiging van de loongarantieregeling in Nederland geschiedt uit WW-premies. De premies worden dus betaald door zowel de werkgevers als de werknemers, ieder voor de helft. In Duitsland, België en Engeland die een vergelijkbare regeling hebben worden de premies opgebracht door uitsluitend de werkgevers.¹⁰ In paragraaf 5 kom ik terug op de te betalen premies.

Het UWV is belast met de uitvoering van de loongarantieregeling. Indien het UWV een vordering van een schuldeiser van de werkgever voldoet, treedt het in alle rechten die de schuldeiser terzake van die vordering heeft. Het UWV neemt met betrekking tot het overgenomen loon en afgedragen premies een bevoorrechte positie in. Uit onderstaande cijfers blijkt wederom de noodzaak van een loongarantieregeling, althans de noodzaak van een voorziening welke inkomensbescherming biedt aan de werknemer bij faillissement. Het UWV kan slechts een beperkt deel middels regres verhalen op de werkgever.

Overgenomen verplichting na faillissement* (x 1 mln euro)						
	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Overgenomen verplichtingen	114,2	176,3	254,6	321,8	322,6	300,4
Verhaal	24,0	24,2	25,2	54,5	46,2	49,9
*incl. sociale werkgeverslasten						

Overigens nog twee afsluitende opmerkingen. Ten eerste, de uitkering op grond van de loongarantieregeling komt niet in mindering op een eventuele werkloosheidsuitkering. De uitkeringen dienen dus uit elkaar gehouden te worden. Ten tweede, de loongarantieregeling heeft het karakter van 'laatste redmiddel'.¹¹ Dat betekent onder meer dat de werknemer in redelijkheid al het mogelijke gedaan moet hebben om zijn vordering voldaan te krijgen zoals het aanspreken van de werkgever als deze niet heeft betaald.

7.3.2.4 Europese richtlijn

Het concept van een onafhankelijk fonds, welke verplichtingen van een werkgever overnam na faillissement werd als eerste vormgegeven in België (1967), vervolgens in Nederland (1968), Duitsland (1974) en Engeland (1975). Het concept sloeg dermate aan dat de Europese wetgever in 1980 besloot om een richtlijn in te stellen, welke tot doel had om in het gehele EG-

¹⁰ Voor een rechtsvergelijkende uiteenzetting omtrent de loongarantieregeling in het buitenland zie T.J.M. Jacobs e.a., *Werknemers in faillissement, een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 13 e.v.

¹¹ Zie Loonstra & Zondag 2006, p. 527 (zie noot 8).

gebied de lidstaten te verplichten voorzieningen te treffen om de werknemer te beschermen tegen insolventie van zijn werkgever en om de verschillen ten aanzien van de bescherming van de werknemer tussen de lidstaten te verkleinen.¹² De lidstaten zijn verplicht om een waarborgfonds op te richten teneinde on vervulde loonaanspraken van werknemers in faillissement te honoreren. In de richtlijn worden een aantal vereisten opgesomd waaraan het waarborgfonds moet voldoen en welke inspanningen de lidstaten daarbij moeten verrichten.¹³ Niettemin is er veel vrijheid voor de lidstaten omtrent de invulling van een dergelijk waarborgfonds. Zo mogen de lidstaten zelf nadere regels stellen voor de organisatie en de financiering van het waarborgfonds.¹⁴ De richtlijn is zelfs zo ruim opgesteld, dat deze toelaat dat diverse varianten van het hierboven omschreven concept naast elkaar konden blijven bestaan. De vier genoemde landen hebben na 1980 hun bestaande nationale regelingen niet meer, afgezien van wat details, hoeven aan te passen aan de richtlijn. Het gevolg daarvan was dat de regelingen in de vier landen nog steeds kleine onderlinge verschillen zijn blijven vertonen.¹⁵ Ook op mondiaal niveau is getracht het concept uit te werken. Het betreft het ILO-Verdrag uit 1992. Deze is echter tot op heden niet geratificeerd door Nederland.¹⁶

7.4 Paritas creditorum

De invoering van de loongarantieregeling doet de vraag rijzen hoe deze zich verhoudt tot de regel ‘paritas creditorum’? Volgens deze regel zijn alle schuldeisers gelijk. Op basis van de wet wordt echter aan bepaalde schuldeisers een voorrangspositie toegekend. Het loon van de werknemer neemt in het faillissement een dergelijke voorrangspositie in. Indien het gaat om loon vóór faillissementsdatum dan rust er een voorrecht op de loonvordering en komt betaling na voldoening van de separatisten en boedelschulden aan de orde.¹⁷ Gaat het om verschuldigd loon na datum van faillietverklaring dan wordt de loonvordering gezien als boedelschuld. Desalniettemin is gebleken dat de loonaanspraken van werknemers in faillissement doorgaans geheel of gedeeltelijk onbetaald bleven. In de loop van de jaren zeventig is er dus gekozen om een sociaal vangnet te creëren om de loonaanspraken, mits deze voldoen aan de gestelde voorwaarden, uit collectieve middelen te bekostigen. Dit sociale vangnet voor werknemers kan door andere schuldeisers gezien worden als onbillijk. Immers, ook zij blijven doorgaans met geheel of gedeeltelijk onbetaalde vorderingen zitten. De rechtvaardiging van zo’n voorziening voor

¹² Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 (*PbEG* 1980, L 283/23).

¹³ Zie vooral art. 3 t/m 8 van de Europese Richtlijn.

¹⁴ Zie art. 5 van de Europese Richtlijn.

¹⁵ Voor een overzicht van de verschillen zie Jacobs e.a. 2000, p. 16 e.v. (zie noot 10).

¹⁶ ILO-verdrag, Protection of Workers’ Claims (Employer’s Insolvency) Convention, 1992 (No. 173).

¹⁷ Art. 3: 288 sub e BW.

werknemers zit naar mijn mening in het volgende. De werknemer neemt een sociaal zwakkere positie in. Hij is doorgaans voor een groot deel afhankelijk van de inkomsten die voortvloeien uit zijn arbeidsovereenkomst. Als deze inkomsten ineens wegvallen, kan dat voor hem vergaande gevolgen hebben. Overige crediteuren zijn beter in staat om hun risico te spreiden. Zij hebben niet slechts één of enkele schuldenaren, waar zij afhankelijk van zijn. De werknemers daarentegen wel en daardoor wordt mijns inziens de loongarantieregeling gerechtvaardigd.

7.5 Premiebetaling

De premie voor de uitkering van de loongarantieregeling komt ten laste van het Algemene Werkloosheidsfonds. De premie wordt gefinancierd door zowel de werkgever als de werknemer, ieder voor de helft.¹⁸ Dat is naar mijn mening nogal merkwaardig. Het betekent namelijk dat indien de werknemer ten gevolge van faillissement een beroep doet op zijn achterstallig loon, hij zeggend voor 50 procent heeft meebetaald aan zijn loon dat uit hoofde van de arbeidsovereenkomst volledig gedragen dient te worden door zijn werkgever. Het is als het ware een sigaar uit eigen doos. Voorts blijkt uit onderzoek dat gebrek aan strategie (strategisch ondernemerschap), onvoldoende sturing op financiële parameters (zoals winst en solvabiliteit) en te hoge kosten tot de drie belangrijkste oorzaken van faillissement behoren.¹⁹ Deze oorzaken liggen mijns inziens allen in de risicosfeer van de werkgever. De werkgever is bij uitstek de persoon die in staat is om deze tekortkomingen aan te pakken, een werknemer daarentegen niet. Uiteraard heeft de werkgever weinig invloed op de conjunctuur maar de werkgever is wel in staat om maatregelen te treffen, zoals het aanhouden van reserves voor slechtere periodes, om het bedrijf minder conjunctuurgevoelig te maken. Naar mijn oordeel is het niet redelijk dat een werknemer moet meebetalen aan zijn eigen vordering die hij op zijn werkgever heeft, terwijl de werknemer helemaal niets heeft kunnen bewerkstelligen om een eventueel faillissement af te wenden. Op deze kwestie kom ik later nog terug.

Is het afwentelen van de premie op de werkgever niet een extra lastenverzwaring waardoor de concurrentiepositie ten opzichte van het buitenland verslechtert? Dat lijkt mij geenszins het geval. Ook in het buitenland wordt de premie van de loongarantieregeling opgebracht door uitsluitend de werkgevers. Bovendien mag mijns inziens van de werkgever verwacht worden dat hij betreffende de loonbetaling zich opstelt als 'goed werkgever'. Door de premie geheel zelf op te brengen, voldoet hij daaraan aangezien de oorzaak van faillissement doorgaans toe te rekenen valt aan de werkgever. Ook al gaat het be-

¹⁸ Art. 81 lid 3 WW.

¹⁹ J. Adriaanse, 'Mediation bij reddingsoperaties van bedrijven in financiële moeilijkheden?', *Tijdschrift voor Mediation* 2006, p. 69.

drijf failliet, de werkgever heeft ervoor gezorgd dat hij in ieder geval zijn loonbetalingsverplichting voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst kan nakomen. Hij heeft genoten van de arbeid van zijn werknemers en dus moet hij ook de keerzijde van de medaille (namelijk betaling van premie om op voorhand het loon van zijn werknemers veilig stellen) bekijken.

In het bovenstaande is uiteengezet hoe de loongarantieregeling in elkaar zit en wat het daarbij gestelde doel was. Het is mijns inziens evident dat er een voorziening voor handen moet zijn. Maar de vraag is of het beoogde doel, namelijk het op voorhand veilig stellen van loonaanspraken van werknemers, niet anders dan door middel van de loongarantieregeling bereikt kan worden. In het navolgende bekijk ik twee mogelijke beleidsalternatieven.

7.6 Beleidsalternatieven

In deze par. bespreek ik twee mogelijke beleidsalternatieven. Het eerste beleidsalternatief ziet op een andere invulling van de loongarantieregeling ten aanzien van de betaling van de premie (7.6.1). Het tweede beleidsalternatief (7.6.2) betreft de vorm van de regeling: is het mogelijk om het risico van werknemers om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten middels een private verzekering te dekken?

7.6.1 Betaling premie ten laste van werkgever

Zoals eerder vermeld in par. 5 is het mijns inziens onredelijk dat de werknemer voor de helft moet meebetalen aan de premie voor financiering van de loongarantieregeling. Premiebetaling dient volledig voor rekening te komen van de werkgever. Mijn voorstel is dan ook om te onderzoeken of het niet mogelijk is om de betaling niet ten laste te laten komen van de Algemene werkloosheidsfonds maar van wachtgeldfondsen of van een onafhankelijk waarborgfondsen. Het voordeel om aan te sluiten bij wachtgeldfondsen is dat er niet een geheel nieuw fonds hoeft te worden opgericht. Er kan aangesloten worden bij bestaande wachtgeldfondsen.²⁰ De financiering van de wachtgeldfondsen geschiedt reeds uitsluitend door werkgevers.²¹ Uit de wachtgeldfondsen wordt het eerste halfjaar van de WW-uitkering bekostigd. De wachtgeldpremies worden door het UWV berekend en daarna goedgekeurd door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De premie is gedifferentieerd naar sector en in een aantal gevallen naar premiegroepen binnen een sector. De bedrijven binnen de sectoren en premiegroepen betalen dezelfde premie, welke gerelateerd is aan het werkloosheidsrisico. De premie voor het risico op onvervulde loonaanspraken bij faillissement kan naar mijn mening door het UWV in de berekening van wachtgeldpremies worden meegenomen,

²⁰ Het UWV is verplicht waarborgfondsen in te stellen per sector, zie art. 102 WW.

²¹ Art. 81 lid 2 WW.

waarbij er logischerwijs gekeken dient te worden naar het risico op faillissement.

Een andere optie zou de oprichting van een waarborgfonds kunnen zijn. De premie voor het risico op on vervulde loonaanspraken wordt dan afzonderlijk geheven. De hoogte van de premie dient mijns inziens ook hier berekend te worden aan de hand van het risico dat het bedrijf loopt om failliet te geraken. In theorie zouden financiële graadmeters zoals de solvabiliteit en liquiditeit van een onderneming als aanknopingspunt kunnen fungeren. Daarbij geldt hoe lager de solvabiliteit en de liquiditeit des te groter de kans op faillissement en dus des te hoger de premie.²² Maar dat betekent anderzijds ook hoe hoger de solvabiliteit en de liquiditeit des te kleiner de kans op faillissement en des te lager de premie. Dit kan voor de werkgever als extra prikkel fungeren. Indien een werkgever de premie gedurende een aantal jaar ziet stijgen, kan dit de werkgever alert maken op het feit dat hij niet goed bezig is en dus wellicht een ander beleid moet gaan uitstippelen. Bij het stelselmatig negeren van het stijgen van de premie, zou het zelfs als indicatie kunnen dienen om aan te tonen dat er sprake was van onbehoorlijk bestuur. Immers, de werkgever had actie kunnen ondernemen maar heeft dat nagelaten. In de praktijk zal het moeilijk blijken deze graadmeters te hanteren want gegevens omtrent de solvabiliteit en liquiditeit van een onderneming zullen doorgaans laat beschikbaar zijn.²³ Dit zou mogelijk opgevangen kunnen worden door het tijdstip waarop de premie wordt vastgesteld aan te passen aan het tijdstip waarop de relevante gegevens beschikbaar zijn. Alles bijeengenomen is het aansluiten bij bestaande waarborgfondsen uit het oogpunt van kostenbesparing waarschijnlijk een voordeliger optie dan de oprichting van een nieuw fonds waar extra kosten mee gepaard gaan.

Overigens moet er mijns inziens bij beide opties sprake zijn van premiedifferentiatie om een zo goed mogelijke kostenallocatie te creëren. Daarnaast is het redelijker om aan sectoren waar relatief meer faillissementen voorkomen, hogere premies te berekenen dan aan sectoren waar er minder faillissementen voorkomen. Verder moet er een wettelijk vastgesteld minimum percentage aangehouden worden, opdat de zeer goede risico's de slechte risico's kunnen dekken. Uitgaande van de tabel uit par. 3.2.3 blijkt dat in 2005 de overgenomen verplichtingen (de schadelast) ongeveer € 300 miljoen bedroegen. Dat is relatief gezien geen hoog bedrag. De vraag is dan ook of de kosten van differentiatie en inning van de premies bij de werkgevers opwegen tegen de baten (€ 300 miljoen)? Gezien het feit dat er ook nu kosten worden gemaakt en dat de schadelast in zes jaar tijd meer dan verdubbeld is, is het niet ondenkbaar dat op lange termijn de baten van differentiatie de kosten kunnen overtreffen.

²² Adriaanse 2006, p. 69 (zie noot 19).

²³ Jaarrekeningen verschijnen doorgaans pas in het tweede kwartaal van het jaar waarover premie moet worden betaald.

7.6.2 *Private verzekering mogelijk?*

Het tweede beleidsalternatief is de private verzekering. Is het mogelijk om het risico van werknemers om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten middels een verzekering te dekken?²⁴ Het gaat hierbij om de verzekerbaarheid van het risico. Om de vraag te kunnen beantwoorden zal achtereenvolgens aan bod komen: de criteria voor verzekerbaarheid en de toepasbaarheid op het risico om te blijven zitten met onvervulde loonaanspraken, de wenselijkheid van een private verzekering en de uitvoerbaarheid daarvan.

7.6.2.1 Criteria en toepasbaarheid

Bij het verzekeren draait het om het bieden van dekking tegen financiële consequenties die zich zouden kunnen voordoen. Het berust op het samen brengen van vele verzekerden met ongeveer vergelijkbare risico's.²⁵ Verzekeren is mogelijk omdat de verliezen van weinigen worden verspreid over een gehele groep zodat het daadwerkelijke verlies wordt vervangen door het gemiddelde verlies (pooling).²⁶ Het gaat hierbij om twee factoren: ten eerste om het verde-len van het verlies over de gehele groep en ten tweede om de voorspelling van het verlies dat gebaseerd is op 'de wet van de grote aantallen'.²⁷ Het verlies van weinigen wordt vergoed door opgebrachte premies van de gehele groep. Een mogelijk toekomstig groot verlies wordt vervangen door het onmiddellijk afdragen van een zeker klein verlies (de premie).

Om een risico te laten verzekeren, moet het risico verzekerbaar zijn. Een eerste vereiste voor verzekerbaarheid is dat er een homogene groep is die blootgesteld wordt aan soortgelijke risico's. Pas dan is het voor de verzekeraar mogelijk om de kans op verlies te berekenen op grond van de 'wet van de grote aantallen'. Gegevens kunnen in de loop der tijd verzameld worden, waardoor het verlies van de gehele groep nauwkeurig berekend kan worden en de totale kosten over de groep verspreid kunnen worden. Toepassing van dit criterium op het risico om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten levert naar alle waarschijnlijkheid geen problemen op. De werknemers vormen een homogene groep die allen blootgesteld zijn aan de mogelijkheid dat hun bedrijf failliet kan gaan en zij met onbetaalde loonaanspraken blijven zitten.

Een tweede vereiste is dat het verlies toevallig en niet opzettelijk moet zijn. Het moet dus gaan om een onzeker voorval. Hiervan is sprake wanneer het

²⁴ De Europese Richtlijn genoemd in par. 3.2.4 verplicht de lidstaten tot het oprichten van een waarborgfonds. Niet duidelijk is of overheidsbemoeienis verplicht is bij het aanhouden van zo'n fonds. Bij de behandeling van de private verzekering wordt de Europese richtlijn verder buiten beschouwing gelaten.

²⁵ S.C.W. van Egmond, *Is verzekeren moeilijk?*, Serie Bank- en Effectenbedrijf, nr. 45, Amsterdam: NIBE-SVV 2002, p. 35.

²⁶ G.E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, Addison-Wesley Series in Finance, 8th edition, 2003, p. 18.

²⁷ Van Egmond 2002, p. 35 (zie noot 25).

zich manifesteren van het risico of het moment waarop het risico zich manifesteert niet al bekend is bij de verzekeringsnemer.²⁸ Kortom de verzekerde mag het voorkomen van de gebeurtenis niet in de hand hebben. Heeft de verzekerde het realiseren van het risico wel in de hand, dan kan dat leiden tot fraude. Fraude is niet geheel uit te sluiten, maar het is wel mogelijk om het zoveel mogelijk te beperken bijvoorbeeld door het stellen van objectieve aanknopingspunten. Het optreden van een faillissement is een onzeker voorval. Een bedrijf hoeft immers niet failliet te gaan. Het is uiteraard denkbaar dat men opzettelijk een bedrijf failliet laat gaan, maar daaraan kunnen de nodige consequenties vast zitten. Theoretisch gezien zal men alles in werking stellen om faillissement te voorkomen, omdat men een bedrijf exploiteert om winst te maken.²⁹ Uit de praktijk is gebleken dat dit lang niet altijd het geval hoeft te zijn. Met behulp van strafrechtelijke sancties en aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur tracht men fraude te voorkomen.

Een derde vereiste is dat het verlies zowel vast te stellen als te meten moet zijn. Niet alle verliezen lenen zich daar gemakkelijk voor. Als voorbeeld noem ik de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Onder deze verzekering is de verzekeraar op grond van de polis verplicht om een afgesproken bedrag uit te keren indien er sprake is van een bepaalde mate van arbeidsongeschiktheid. Echter, sommige oneerlijke claimanten doen alsof zij arbeidsongeschikt zijn om een beroep te kunnen doen op de verzekering. De verzekeraar zal moeten nagaan of de gestelde arbeidsongeschiktheid overeenkomt met de omschrijving van arbeidsongeschiktheid, welke vermeld staat op de polis. Dit is voor de verzekeraar alleen op juiste wijze vast te stellen indien er objectieve aanknopingspunten zijn. Invaliditeit is erg subjectief en bovendien kan een zelfde gebeurtenis bij twee personen een totaal andere uitwerking hebben. Kortom, voor het verzekeren is het van belang dat het verlies objectief vast te stellen moet zijn. Ook aan dit vereiste kan worden voldaan. Het is eenvoudig vast te stellen dat er sprake is van faillissement en wat als gevolg daarvan het verlies is voor de werknemer. Men zou daarvoor kunnen aansluiten bij het loonbegrip zoals in de huidige loongarantieregeling.³⁰

Een vierde vereiste voor verzekerbaarheid is dat het verlies niet catastrofaal moet zijn. Daarmee wordt bedoeld dat als het verlies zich voordoet, dit niet de gehele verzekerde groep mag treffen. Het verzekeren is gebaseerd op de eerder genoemde pooling-techniek. Als een gehele groep getroffen wordt door het realiseren van het risico, dan stort de pooling-techniek in en is het niet meer werkbaar. Premies zullen dan stijgen tot ongekende hoogtes en dan is verzekeren niet meer het juiste mechanisme om het verlies van weinigen te

²⁸ A. Oosenbrug e.a., *Private verzekering van het werkloosheidsrisico, Is het onmogelijke mogelijk?*, Rotterdam: Erasmus Finance & Insurance Centre 1999, p. 101.

²⁹ Dit volgt uit het idee van risicoaversie. Er wordt veel geïnvesteerd in een bedrijf. Als een bedrijf over weinig geld beschikt en dientengevolge schade lijdt, kost dit nut. Men loopt liever geen risico om een groot verlies in geld te lijden. Er is een afkeer van risico, men is risicoavers. Zie uitleg daaromtrent L. Visscher, 'De economische rationele van het nieuwe verzekeringsrecht', *Ars Aequi* 2006, p. 485.

³⁰ Art. 67 WW.

verspreiden over een gehele groep. De risico's moeten onderling onafhankelijk zijn, zodat er een situatie ontstaat waarin 'goede en kwade kansen' min of meer tegen elkaar wegvallen.³¹ Als verwezenlijking van risico's onderling afhankelijk zijn dan leidt dat tot cumulatie van risico's. De kans op een catastrofe neemt dan in belangrijke mate toe. Dit vereiste zou een probleem kunnen vormen. Als voorbeeld noem ik de werkloosheidsrisico. De werkloosheidsrisico's van individuele werknemers binnen een bedrijf kunnen onderling afhankelijk zijn. Dat is in principe geen probleem, zolang de onafhankelijkheid van het werkloosheidsrisico tussen de bedrijven maar gewaarborgd is. Deze onafhankelijkheid is er niet in voldoende mate waardoor het werkloosheidsrisico op dit punt niet verzekerbbaar is.³² Werkloosheidsrisico is afhankelijk van de conjunctuur. Deze risicoafhankelijkheid kan in een periode van recessie tot grote werkloosheid leiden en dus een enorme schadeoverlast met zich mee brengen.³³ Het faillissementsrisico is enigzins vergelijkbaar met het werkloosheidsrisico. Faillissement van het ene bedrijf hoeft niet te resulteren in een faillissement van een ander bedrijf, maar het is wel mogelijk dat het slecht gaat met een bepaalde branche waardoor er vele faillissementen optreden in een bepaalde branche waardoor er dus sprake is van cumulatie van risico's. In theorie is het mogelijk dat veel bedrijven tegelijkertijd failliet gaan en een grote groep werknemers een beroep zal willen doen op de verzekering (bijvoorbeeld ingeval een economische crisis zich voordoet). De verzekeraars kunnen de vraag niet aan want er moet meer uitgekeerd worden dan wat er aan premies is binnengehaald. Zo'n probleem zal zich echter ook nu kunnen voordoen. Als er ineens in groten getale een beroep wordt gedaan op de huidige loongarantieregeling is het maar de vraag of dat zonder problemen zal verlopen. Daarnaast is risicocumulatie tot op zekere hoogte te voorkomen door ervoor te zorgen dat een verzekeraar niet te veel homogene verzekerden onder zijn hoede neemt. Bovendien kunnen verzekeraars het risico op catastrofaal verlies weer onderbrengen bij herverzekeraars. Er kan bijvoorbeeld afgesproken worden dat de verzekeraar anderhalf keer het verzekerde bedrag zal uitkeren en alles wat daarboven komt uitgekeerd dient te worden door de herverzekeraar. Verder is het mogelijk om naast de verzekering een waarborgfonds aan te houden (zoals bij de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen, hierna: WAM³⁴) of wellicht is het zelfs mogelijk om de huidige loongarantieregeling aan te houden met dien verstande dat slechts in uitzonderlijke gevallen een beroep erop kan worden gedaan. Ten slotte is het ook mogelijk om limieten te hanteren ingeval van catastrofaal verlies. Uitkering van achterstallig loon geschiedt dan tot een bepaald bedrag.

³¹ Oosenbrug e.a. 1999, p. 189 (zie noot 28).

³² Oosenbrug e.a. 1999, p. 202 (zie noot 28).

³³ F. Hosseini, *Een verplicht spaarsysteem voor het werkloosheidsrisico* (diss. Amsterdam UvA), Capelle aan den IJssel 2006, p. 19.

³⁴ N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekerbbaarheid', *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade* 2006, nr. 17 onder par. 4.1.

Nog een vereiste voor verzekeraarbaarheid is dat de kans op het verlies te berekenen moet zijn. De verzekeraar dient in beginsel over nauwkeurige informatie te beschikken met betrekking tot de waarschijnlijkheid (probabiliteit) dat het ongeval (schade) zich zal voordoen en de schadeomvang.³⁵ De verzekeraar kan door de probabiliteit te vermenigvuldigen met de verwachte schade en daarbij opgeteld de administratieve kosten (bijvoorbeeld kosten voor het functioneren van het verzekeringssysteem), de van toepassing zijnde belastingen en een eventuele winstmarge, de juiste premie berekenen. Het berekenen van het faillissementsrisico is complex maar niet onmogelijk. Het is complex omdat de mate waarin faillissementen optreden afhankelijk is van vele factoren die vooraf lastig te voorspellen zijn zoals de economische en maatschappelijke ontwikkelingen. Daarentegen is er veel informatie beschikbaar omtrent onder meer faillissementen in de voorgaande jaren en gegevens waarmee verzekeraars de probabiliteit en de schadeomvang zouden kunnen berekenen.³⁶ Ten slotte moet de premie betaalbaar zijn. Om een betaalbare premie te hebben moet de kans op verlies relatief laag zijn. Een theorie is dat als de kans op verlies hoger is dan 40 procent, de kosten van de polis hoger zullen zijn dan de uiteindelijke baten van de polis.³⁷ De kans op faillissement moet dus relatief laag zijn. Het is hierbij van belang dat de kosten van de polis niet hoger moeten zijn dan de uiteindelijke baten. Uit nader onderzoek zal moeten blijken of aan dit criterium voldaan kan worden, maar ik voorspel geen moeilijkheden daaromtrent want er zullen relatief meer bedrijven zijn die solvabel zijn en waarbij de kans op faillissement niet groot is dan bedrijven die insolvent zijn en waarbij de kans op faillissement dus groot is. Dat zorgt ervoor dat de premie niet hoeft te stijgen tot ongekenende hoogtes.

Als het verzekeren van een risico mogelijk is, dan moet de verzekeraar rekening houden met anti-selectie en het moreel risico. Bij anti-selectie gaat het erom dat steeds meer goede risico's de groep verlaten omdat de gemiddelde premie niet goed aansluit bij het individuele risico.³⁸ Het gevolg daarvan is dat er een vicieuze cirkel ontstaat en de verzekeraar met alleen slechte risico's blijft zitten. De risico's worden dan duurder waardoor er steeds hogere premies moeten worden gevraagd. Antiselectie kan dus leiden tot onverzeker-

³⁵ M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 139.

³⁶ Denk bijvoorbeeld aan de solvabiliteitsratio en de liquiditeitsratio.

³⁷ Rejda 2003, p. 21 (zie noot 26).

³⁸ Faure & Hartlief 2002, p. 140 (zie noot 35); Oosenbrug e.a. 1999, (zie noot 28).

baarheid.³⁹ Anti-selectie zou een probleem kunnen vormen bij een private verzekering voor het faillissementsrisico indien er sprake is van een vrijwillige verzekering. Een goed lopend bedrijf wil uiteraard liever niet dezelfde premie betalen als een slecht lopend bedrijf. Om te voorkomen dat de goede risico's weglopen, is het van belang dat de verzekeraar premiedifferentiatie toepast en dus zoveel mogelijk kleine risicogroepen vormt waardoor de gemiddelde premie zoveel mogelijk aansluit bij de individuele leden van de groep. Premiedifferentiatie en indeling van risicogroepen kunnen met veel administratieve en transactiekosten gepaard gaan. De gemiddelde premie zal dus niet altijd goed kunnen aansluiten bij de individuele leden van de groep. Om te voorkomen dat goede risico's alsnog weglopen is het mogelijk om de verzekering verplicht te stellen.

Bij moreel risico gaat het erom dat het gedrag van de verzekerde verandert omdat het risico van hem is weggenomen door de verzekering.⁴⁰ De kans op schade wordt daardoor groter, immers de prikkel om schade te voorkomen of te beperken is weg want er wordt geen risico meer gelopen. Iemand die zijn mobiel niet heeft laten verzekeren zal zorgvuldiger met zijn mobiel omgaan, dan wanneer hij zijn mobiel niet had laten verzekeren. Hoe meer de dekking omvat, hoe kleiner de prikkel voor de verzekerde is om de schade te voorkomen of te verminderen. Gedragsverandering naar aanleiding van een verzekering voor faillissement zal naar mijn mening wel meevallen. Fraude plegen of onvoorzichtig gedrag vertonen zal kunnen resulteren in strafrechtelijke sancties of het aannemen van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur. Niettemin is het mogelijk dat de werkgever eerder de vorderingen van andere schuldeisers zal betalen dan de vorderingen van zijn werknemers. Om dit soort gedrag te voorkomen kunnen verzekeraars in hun polis omschrijven hoe de verzekerde zich dient te gedragen. Er kan bijvoorbeeld in de polis opgenomen worden dat de verzekerde al het mogelijke moet hebben gedaan om het loon van zijn werknemer te kunnen betalen. Indien hij dat heeft nagelaten, de verzekeraar wel tot uitkering zal overgaan aan de werknemer, maar dan tevens in zijn rechten subrogeert en hij alsnog het uitgekeerde bedrag zal verhalen op de werkgever. De verzekeraar heeft dan dezelfde positie als ware hij werknemer. Bij de dreiging alsnog regres te nemen op de werkgever bij onzorgvuldig gedrag ontstaat echter het 'judgement proof' probleem: de werkgever heeft toch niet voldoende baten om zijn schulden te voldoen en dus zal een financiële prikkel waarschijnlijk niet leiden tot het gewenste gedrag. Om dit pro-

³⁹ Zie bijvoorbeeld G.L. Priest, 'The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law', *The Yale Law Journal* 1987, p. 1521 – 1590. Volgens hem was de verzekeringscrisis in Amerika in de jaren '80 grotendeels veroorzaakt door het probleem van anti-selectie. Verzekeraars pasten een te geringe risico differentiatie toe, hetgeen tot gevolg had dat de gemiddelde premie voor goede risico's erg onaantrekkelijk werd. Steeds meer goede risico's zochten hun heil elders waardoor de verzekeraars uiteindelijk met uitsluitend slechte risico's bleven zitten met uiteindelijk onverzekerbaarheid van bepaalde risico's tot gevolg.

⁴⁰ Faure & Hartlief 2002, p. 140 (zie noot 35). In de literatuur is het begrip moreel risico echter niet eenduidig omschreven.

bleem tegen te gaan is het mogelijk om de aansprakelijkheid te leggen bij de bestuurders zelf.⁴¹ Tot slot is het van belang dat de verzekeringsmarkt bereid is om het product aan te bieden. Indien verzekeraars geen heil zien in het product en het product dus niet willen aanbieden, kan dat vooralsnog leiden tot onverzekerbaarheid. Of de verzekeringsmarkt het faillissementsrisico een interessant product vindt, zal uit nader onderzoek moeten blijken. Uit de gegevens van de tabel uit paragraaf 3.2.3 blijkt in ieder geval dat de omvang van de schadelast in zes jaar tijd meer dan verdubbeld is (van € 114 miljoen in 2000 naar € 300 miljoen in 2005), hetgeen wellicht aangeeft dat er op die markt steeds meer te verdienen valt. Overigens zij wel opgemerkt dat ik met het bovenstaande slechts beoog aan te geven dat het niet ondenkbaar is om het risico om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten bij faillissement te verzekeren. Uit nader onderzoek zal moeten blijken of het risico daadwerkelijk verzekeraar is.

7.6.2.2 Wenselijkheid private verzekering

Indien zal blijken dat het risico verzekeraar is, waarom zal men over moeten gaan tot een private verzekering? Thans wordt het risico opgevangen door de loongarantieregeling. Dat is een publiekrechtelijke regeling. Bij uitkering wordt er dus een beroep gedaan op publieke middelen. Door het risico onder te brengen bij verzekeraars, zal dat leiden tot besparing van publieke middelen en verlaging van uitvoeringskosten. Uit de tabel van paragraaf 3.2.3 blijkt dat in de loop der jaren de opbrengsten van het regres steeds minder zijn geworden terwijl het aantal overgenomen verplichtingen wel zijn gestegen. Dat houdt in dat er dus steeds meer publieke middelen in beslag zijn genomen, waar de maatschappij uiteindelijk voor opdraait. Verzekeren zou dus wellicht voordeliger kunnen zijn. Maar een van de belangrijkste redenen om over te gaan tot private verzekering is in mijn optiek dat de overheid op het sociale verzekeringsgebied alleen datgene moet regelen wat de particuliere verzekeringsmarkt niet al vanzelf kan oppakken. Als het mogelijk is dat de particuliere verzekeraars het risico tegen een betaalbare prijs verzekeren, dan moet de rol van de overheid op dat gebied beperkt blijven. Bij de privatisering van de Ziektewet is die stelling ook als uitgangspunt genomen.⁴² Bovendien is er in toenemende mate vraag naar privatisering. Denk aan de privatisering van de Ziektewet of aan de 'opting out' in de WAO. Voorts is de verzekeringsindustrie een belangrijke bron voor grote investeringen.⁴³ Premies die voorafgaande aan het verlies worden geïncasseerd en niet direct uitgekeerd hoeven te

⁴¹ Net als bijvoorbeeld bij de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement. In geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt het bestuur van de rechtspersoon in zijn privé-vermogen aansprakelijk gesteld. Het probleem hierbij is dat een dergelijke aansprakelijkheid kan leiden tot defensief handelen. Zie voor discussie hieromtrent M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005.

⁴² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, p.2.

⁴³ Rejda 2003, p. 27 (zie noot 26).

worden, kunnen geleend worden aan commerciële bedrijven.⁴⁴ Daarnaast investeren verzekeringen ook in sociale aangelegenheden zoals huisvesting, verplegingstehuizen en projecten op het gebied van economische ontwikkelingen.⁴⁵

Ondanks het feit dat verzekeringen sociale en economische voordelen met zich meebrengen voor de maatschappij, gaan verzekeringen ook gepaard met sociale kosten. Ten eerste zijn er kosten die inherent zijn aan het aanbieden van de verzekering zelf. Denk bijvoorbeeld aan kosten die gemaakt moeten worden om informatie te verzamelen, premies te berekenen en administratieve kosten, maar ook het incalculeren van winst. Deze extra kosten worden echter weer gerechtvaardigd omdat er bij de verzekerde een onzekerheid wordt weggehaald. Immers, bij verlies wordt hij door de verzekering schadeloos gesteld. Ten tweede zijn er kosten die gepaard gaan met frauduleuze claims en onvoorzichtig gedrag. Zoals eerder vermeld kan er gedragsverandering optreden met de komst van een verzekering. De kosten van gedragsverandering komen vrijwel direct ten laste van de maatschappij en resulteren in hogere premies.⁴⁶ Alles bij elkaar genomen lijkt het mij wenselijk een private verzekering te overwegen.

7.6.2.3 Uitvoerbaarheid verzekering

Als blijkt dat een private verzekering wenselijk is, hoe moet zo'n verzekering dan ten uitvoer worden gebracht? In het onderstaande zal ik een aantal scenario's omschrijven en mijn voorkeur erover uitspreken. Het gaat hierbij om twee opties: de vrijwillige en de verplichte verzekering, die afgesloten kan worden door ofwel de werkgever ofwel de werknemer.

Stel, er is sprake van een keuze voor een vrijwillige verzekering aan de zijde van de werkgever. Hij is dus vrij om te kiezen of hij zich verzekert tegen het risico op onervulde loonaanspraken bij faillissement. Naar alle waarschijnlijkheid zullen goed lopende bedrijven geen verzekering willen afsluiten. De vraag naar verzekering is immers afhankelijk van de mate waarin iemand een afkeer heeft van risico.⁴⁷ Een zeer welvarend persoon zal in mindere mate risico avers zijn dan een minder welvarend persoon ten aanzien van hetzelfde risico. Ter verduidelijking een voorbeeld. Oprah Winfrey zal minder risico avers zijn om € 1000 mis te lopen, dan een uitkeringsgerechtigde. Oprah zal waarschijnlijk geen verzekering willen sluiten voor het risico op het verlies van € 1000, de uitkeringsgerechtigde wel. Een goed lopend bedrijf zal minder

⁴⁴ Met die gelden wordt er geïnvesteerd in bijvoorbeeld winkelcentra's, ziekenhuizen of fabrieken. Deze investeringen vermeerderen de gemeenschapsgoederen en zorgen voor economische groei en creëren werkgelegenheid.

⁴⁵ Rejda 2003, p. 27 (zie noot 26).

⁴⁶ Die kosten zijn wel enigszins in te dammen door middel van preventieve maatregelen. Zie voor mogelijke remedies Visscher 2006, p. 487 (zie noot 29).

⁴⁷ M.G. Faure & T. Hartlief, *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995, p. 197.

risico avers zijn en zal van mening zijn dat het afsluiten van een verzekering geen verhoging van nut zal opleveren. Minder goed lopende ondernemingen zullen daarentegen wellicht een groter afkeer hebben tegen het risico om failliet te gaan en met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten. Het probleem van anti-selectie dreigt.

Ook informatieproblemen spelen een rol. De werkgever sluit namelijk de verzekering af als hij daarmee zijn nut kan maximaliseren in het geval hij afkeer heeft tegen het risico. Dat impliceert dat er voldoende informatie voorhanden is om zijn blootstelling aan het risico in te schatten. Met behulp van de informatie zal de werkgever moeten beslissen of zo'n verzekering efficiënt is. Maar als hij gebrekkige informatie heeft, kan dat zijn beslissingsproces negatief beïnvloeden. Er kunnen vervolgens problemen ontstaan wanneer de werkgever toch failliet gaat en er geen verzekering is afgesloten. De werknemers blijven dan alsnog met lege handen achter en dat is niet de bedoeling. Voorts is het maar de vraag of (minder) goedlopende bedrijven überhaupt tot vrijwillige afsluiting van een verzekering overgaan want de verzekering is vooral in het belang van de werknemer en niet zozeer in het belang van het bedrijf. Evenwel is het mogelijk dat een werkgever toch zo'n verzekering zal willen afsluiten omdat het mogelijk zijn reputatie ten goede kan komen. Hij kan zo'n verzekering presenteren aan zijn (potentiële) werknemers als gunstige secundaire arbeidsvoorwaarden en zich daardoor onderscheiden van andere werkgevers die zo'n verzekering niet aanbieden. Maar het omgekeerde is ook mogelijk. Het aanbieden van zo'n verzekering kan gezien worden als een teken van zwakte en kan dus een averechts effect ten gevolge hebben.

Ook als de werknemer de keuze heeft om een verzekering af te sluiten tegen insolventie van zijn werkgever zijn er vergelijkbare problemen. Een werknemer in dienst van een goedlopend bedrijf zal minder snel geneigd zijn de verzekering af te sluiten. De verzekering zal waarschijnlijk in trek zijn bij werknemers die in dienst zijn bij minder goedlopende bedrijven. Ook hier dreigt dus het probleem van anti-selectie. Verder zijn de informatieproblemen bij werknemers alleen maar groter. Voor hen zal het lastiger zijn om het risico op juiste wijze in te schatten, ook al is de beschikbare informatie volledig. Bovendien is het niet voor iedere werknemer mogelijk om zo'n verzekering te betalen (bijvoorbeeld vanwege zijn financiële situatie). Er zullen dus altijd werknemers zijn die, zelfs tegen beter weten in, geen verzekering zullen afsluiten. Men kan zeggen 'het is een ieder zijn eigen verantwoordelijkheid', maar als het risico zich eenmaal verwezenlijkt dan zit de maatschappij met de kosten. In dit geval is het mijns inziens beter om te voorkomen dan genezen! Een vrijwillige verzekering is volgens mij dan ook niet het juiste instrument om een voorziening te treffen voor het risico op onvervulde loonaanspraken.

Een tweede mogelijkheid is het invoeren van een verzekeringsplicht. Stel er rust op de werkgever een plicht om de verzekering af te sluiten. Een goed lopende onderneming zou normaliter geen verzekering hebben afgesloten maar wordt daartoe wel verplicht. Deze plicht om te verzekeren, terwijl er geen vraag naar is, verstoort de normale werking van de verzekeringsmarkt en heeft

een negatieve invloed op de sociale welvaart omdat werkgevers de verzekering dienen aan te schaffen die hun nut niet maximaliseert.⁴⁸ Het opleggen van een verzekeringsplicht heeft dus als nadeel dat het tot inefficiënties zal kunnen leiden. Nog een nadeel van een verzekeringsplicht is dat er een toezichthouder moet worden aangesteld. De verplichting moet worden nageleefd en indien dat wordt nagelaten dient daartegen opgetreden te worden, anders is de verplichting slechts een dode letter. Het aanstellen en het in stand houden van een toezichthouder gaan gepaard met extra kosten.

Anderzijds is het middels een verplichte verzekering mogelijk om werknemers die niets tegen het faillissement konden doen, een garantie van hun loonaanspraak te bieden. Deze garantie weegt naar mijn mening op tegen de zojuist genoemde nadelen. Bovendien spelen informatieproblemen hier geen rol meer want de werkgever hoeft geen keuze te maken. Het moreel risico dreigt doorgaans bij het aannemen van een verzekeringsplicht, maar zal bij deze verzekeringsplicht in het bijzonder een minder grote rol spelen. Het gedrag van de werkgever/ondernemer kan gesanctioneerd worden door het strafrecht en door het aansprakelijkheidsrecht indien de werkgever/ondernemer opzettelijk onvoorzichtig gedrag gaat vertonen. Het invoeren van een verzekeringsplicht voorkomt verder het probleem van anti-selectie. De goede risico's kunnen niet wegllopen. Desalniettemin acht ik het redelijk dat de verzekeraar premiedifferentiatie toepast gerelateerd aan het risico dat het bedrijf loopt failliet te raken. Er moet daarbij wel een wettelijk vastgestelde minimum aangehouden worden. Een bedrijf waarvan de kans nihil is dat deze failliet raakt moet toch een bepaald minimum bedrag aan premie betalen. De (solidaire) gedachte erachter is dat hierdoor de kosten van de premie enigszins bedrukt worden. Dat kan door goedlopende bedrijven onbillijk geacht worden. Maar zij dienen erop bedacht te zijn dat goede risico's door omstandigheden kunnen omslaan in slechte risico's en dan lijkt deze regeling ineens minder bezwarend. Daarnaast moet er mijns inziens tevens een acceptatieplicht voor de verzekeraars komen teneinde anti-selectie vanuit hun zijde af te wenden. Zonder acceptatieplicht zouden verzekeraars de slechte risico's kunnen ontwijken. Het opleggen van een acceptatieplicht wordt gezien als strijdig met verzekeringseconomische beginselen: de verzekeraars zouden niet goed meer in staat zijn om het moreel risico ex ante te controleren en het recht om vrij te beslissen welke risico's al dan niet te verzekeren komt in het geding.⁴⁹ Om de verzekeraars enigszins tegemoet te komen, moet het mogelijk zijn om in uitzonderlijke situaties gegadigden te weigeren.⁵⁰

Ten slotte is het mogelijk om de werknemer te verplichten om zich te laten verzekeren. Dat lijkt mij geen juiste optie. Zoals eerder betoogd, moet de

⁴⁸ Faure & Hartlief 1995, p. 197 (zie noot 47).

⁴⁹ Faure & Hartlief 2002, p. 205 (zie noot 35).

⁵⁰ Bij uitzonderlijke situaties moet er gedacht worden aan bijvoorbeeld de situatie waarin de verzekeraar al veel soortgelijke bedrijven onder zijn hoede heeft. Als het aannemen van desbetreffende bedrijf zal kunnen leiden tot te veel concentratie van bedrijven in een bepaalde branche bij een verzekeraar, dan moet het voor de verzekeraar mogelijk zijn om desbetreffende bedrijf te weigeren.

werkgever ervoor zorgdragen dat hij kan voldoen aan zijn eerder aangegane verplichtingen jegens de werknemer. Het is niet redelijk de werknemer hiermee te belasten terwijl hij niets heeft kunnen bewerkstelligen om het risico op faillissement te vermijden dan wel te verminderen. Overigens nog een afsluitende opmerking. Als het mogelijk blijkt dat het risico te verzekeren is op een van de bovengenoemde manieren dan moet er alsnog een voorziening aangehouden worden voor de uitzonderlijke gevallen.⁵¹ Zo'n voorziening kan bijvoorbeeld in de vorm van de huidige loongarantieregeling of door middel van het instellen van een waarborgfonds.⁵² De verzekering is het uitgangspunt, de voorziening in welke vorm dan ook fungeert als vangnet.

7.7 Conclusie

In het voorgaande is summier de doelstelling en de inhoud van de huidige loongarantieregeling uiteengezet. De doelstelling van de regeling is om een voorziening te treffen welke waarborgt dat de werknemer bij faillissement aanspraak kan maken op achterstallig loon. Andere schuldeisers kunnen geen beroep doen op deze regeling, terwijl ook zij bij faillissement met onbetaalde vorderingen blijven zitten. Toch meen ik dat de regeling niet onredelijk is ten aanzien van deze schuldeisers, want een werknemer is voor een groot deel afhankelijk van de inkomsten die voortvloeien uit zijn arbeidsovereenkomst. Andere schuldeisers daarentegen zijn beter in staat om hun risico te spreiden. Verder is er gekeken naar beleidsalternatieven. De huidige regeling wordt gefinancierd door de werkgever en de werknemer, hetgeen mijns inziens niet redelijk is. Het eerste beleidsalternatief houdt dan ook in dat de huidige regeling wordt aangepast zodat premiebetaling uitsluitend ten laste komt van de werkgever. De oorzaken van faillissement zijn doorgaans toe te rekenen aan de werkgever en de werknemer heeft niets kunnen uitvoeren om een faillissement af te wenden. Als tweede beleidsalternatief is de verzekering genoemd. Criteria voor verzekerbaarheid zijn besproken en toegepast op het risico op faillissement. Ook de wenselijkheid en de uitvoerbaarheid van een private verzekering zijn behandeld. Maar wat is nu de beste manier om een voorziening te treffen welke waarborgt dat een werknemer niet met on vervulde loonaanspraken blijft zitten? Dat brengt mij terug tot de eerder vermelde vraag. De loongarantieregeling: handhaven, aanpassen of zelfs geheel vervangen?

Mijns inziens moet er onderzocht worden of het mogelijk is om de loongarantieregeling aan te passen. Naar mijn mening dient men in overweging te ne-

⁵¹ Bijvoorbeeld in geval van insolventie van de verzekeraar.

⁵² Nadeel van het houden van de loongarantieregeling is dat er dan twee systemen naast elkaar bestaan. Instellen van een waarborgfonds ligt mijns inziens meer voor de hand. Denk bijvoorbeeld ook aan WAM waar er ook een waarborgfonds is waarop men in uitzonderlijke gevallen een beroep kan doen.

men om de regeling deels te vervangen en deels aan te passen. De overheid moet op het sociale verzekeringsgebied alleen datgene regelen wat de particuliere verzekeringsmarkt niet vanzelf kan regelen. De rol van de overheid moet volgens mij dus zo beperkt mogelijk blijven, daar waar de markt zichzelf kan redden. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar het beleidsalternatief verzekeren. In het bovenstaande zijn de criteria voor verzekerbaarheid genoemd en toegepast op het risico om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten. Bij toepassing van de criteria is gebleken dat het niet ondenkbaar is dat het risico verzekerbaar zou kunnen zijn. Een verplichte verzekering die afgesloten moet worden door de werkgever geeft volgens mij de meeste waarborg aan een werknemer zodat hij niet met onvervulde loonaanspraken blijft zitten. Overigens is het van belang dat de huidige loongarantieregeling niet door de verzekering geheel wordt vervangen. Er dient een voorziening als vangnet aangehouden te worden voor uitzonderlijke gevallen. Daarnaast moet de huidige loongarantieregeling wat betreft de financiering aangepast worden. De premie dient opgebracht te worden door uitsluitend de werkgevers.

Kortom, het lijkt mij de moeite waard om te onderzoeken of het mogelijk is het risico te verzekeren om met onvervulde loonaanspraken te blijven zitten. De huidige loongarantieregeling moet, mijns inziens, echter in ieder geval aangepast worden op het gebied van financiering want een sigaar uit eigen doos, daar is toch niemand van gediend?

VIII De verhouding tussen mediation en rechtspraak: grondslag en grens van overheidsbeleid inzake mediation

Martin Bil

8.1 Inleiding

Aan de bevordering van mediation laat de overheid zich vandaag de dag veel gelegen liggen. Haar doelstellingen zijn ambitieus, de middelen tot verwerking divers en de resultaten, voor zover bekend, lijken reden tot voortzetting van het huidige beleid. Dit neemt niet weg dat overheidsondersteuning van mediation nogal wat vragen kan oproepen. Mediation is immers een vorm van private rechtshandhaving. In eerste instantie wordt verwacht dat de marktpartijen zelf zorgen voor een optimaal functioneren van mediation binnen het geheel van conflicthantering. De overheid moet dan wel met goede argumenten komen om mediation te ondersteunen. En bovendien: betekent een investering in mediation niet dat de rechtspraak onvoldoende in huis heeft om een conflict op te kunnen lossen? Waardoor wordt het huidige overheidsbeleid gerechtvaardigd, is er aanleiding om de toepassing van mediation nog meer te bevorderen of wordt het tijd dat de overheid zich terug trekt en mediation volledig aan de markt over laat? Bij al deze vragen blijkt de visie op de verhouding tussen mediation en rechtspraak van cruciaal belang. In dit artikel staat dan ook de vraag centraal: op welke wijze bepaalt de verhouding tussen mediation en de rechtspraak de visie op de noodzaak en grenzen van het overheidsoptreden inzake mediation?

Tijdens de zoektocht naar een antwoord op deze vraag zijn de beleidsnota's van de hand van het ministerie van Justitie met betrekking tot mediation uitvoerig bestudeerd. De reacties vanuit de Tweede Kamer, de wetenschap en het werkveld hebben een grote rol gespeeld in het formuleren van een eigen standpunt over het veel besproken onderwerp. Ook enkele interviews hebben me geholpen vertrouwd te raken met de visie van de overheid en de mediators op mediation.¹

Hoewel mediation zowel op straf-, bestuurs- als civielrechtelijk gebied een belangrijke conflicthanteringsmethode is, en mediation op bestuurs- en civielrechtelijk terrein zelfs veel overeenkomsten vertoont, beperkt het artikel zich,

¹ Een gesprek met mediator mr. G.H.J. Hulsbergen gaf mij inzicht in het mediationproces, de opstelling van partijen en de uitwerking van het overheidsbeleid in het veld. Mevr. mr. J.R. Mantz, lid van de Directie Rechtsbestel van het Ministerie van Justitie was bereid in te gaan op mijn vragen over het huidige overheidsbeleid en de plannen in de toekomst. Beiden ben ik dankbaar voor de moeite die ze zich getroost hebben om met mij mee te denken.

in lijn met het overkoepelende thema van de bundel, tot mediation in het civiele recht.²

Na een beschrijving van de huidige doelstellingen, investeringen en tot nu toe bekende resultaten van het overheidsbeleid, wordt gezien of gesproken kan worden van een accentverschuiving in de relevantie van de doelstellingen. Wanneer blijkt dat de nadruk niet meer ligt op een kwantitatieve bijdrage aan het functioneren van de rechtspraak, is het vervolgens tijd voor een heldere visie op de verhouding tussen mediation en rechtspraak. Onlosmakelijk hiermee verbonden, wordt tenslotte ingegaan op de noodzaak en de grenzen van het overheidsoptreden inzake mediation.

8.2 Mediation: een investering waard?

8.2.1 Overheidsdoelstellingen

De minister van Justitie heeft in zijn beleidsbrief ADR 2000-2002³ meerdere doelstellingen opgesomd die ten grondslag liggen aan de bevordering van mediation:

1. *dejuridisering van geschilafdoening*: hoewel juridisering een ‘onvermijdbaar verschijnsel in een geëmancipeerde, geïndividualiseerde en geïnternationaliseerde samenleving’ en daarom niet per definitie ongewenst is, zijn er situaties waarin gesproken kan worden van een te ver doorgeschoten juridisering, aldus de minister.⁴ Het is daarom noodzakelijk het gemeenschappelijk belang van partijen centraal te stellen en niet de formeel-juridische standpunten als basis te nemen voor de geschilafdoening.
2. *kwaliteit en effectiviteit van geschilafdoening*: waar rechtspraak primair is bedoeld voor het beslechten van geschillen en niet voor het tot elkaar brengen van partijen, biedt mediation extra mogelijkheden voor conflicthantering. Mediation beschikt over middelen die meer recht kunnen doen aan de aard en omstandigheden van de situatie en aan de relatie tussen partijen.

² In de beleidsnotities van de minister wordt mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken veelal gezamenlijk besproken. Ook de doorverwijsvoorzieningen, het project ‘Mediation naast rechtspraak’ en de in dit Art. aangehaalde literatuur beperken zich tot mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken. Mediation in strafzaken verschilt hiervan zodanig, dat deze vaak afzonderlijk besproken wordt.

³ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 7-9.

⁴ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 3.

3. *een pluriforme toegang tot het recht*: Het toegenomen zelfoplossend vermogen van partijen vraagt om een methode van conflicthantering waarin de eigen verantwoordelijkheid van partijen centraal staat. Om aan deze maatschappelijke behoefte tegemoet te komen is een meer pluriforme toegang tot het recht vereist. De aanvullende werking van mediation komt tegemoet aan deze maatschappelijke behoefte door partijen in eerste plaats zelf de verantwoordelijkheid te laten dragen voor afdoening van hun geschillen.
4. *vermindering van de werkdruk van de rechter*: De werkdruk binnen de rechterlijke macht is in de afgelopen jaren hoog opgelopen. Nu de overheid ook inzet op modernisering van de rechterlijke organisatie, waardoor de toegang tot de rechter verbetert, doet zich een paradoxale situatie voor. De werkdruk van de rechter zal door een verbeterde toegang tot het recht immers nog meer kunnen stijgen. Dit vraagt des te meer om aandacht te schenken aan de vermindering van het aantal geschillen. De bevordering van mediation draagt hier mogelijkwerijs aan bij.

Gemakshalve worden de drie eerstgenoemde doelstellingen in het vervolg kwalitatieve doelstellingen genoemd, en wordt over een kwantitatieve doelstelling gesproken wanneer bedoeld wordt op de laatstgenoemde doelstelling. Ook in latere rapporten van het ministerie wordt deze tweedeling in doelstellingen vaak aangebracht.⁵

8.2.2 Overheidsinvesteringen

In het kader van alternatieve geschiloplossing zijn enkele jaren geleden twee landelijke projecten opgezet. In het in 1999 opgestarte project 'Mediation naast rechtspraak' werden vanuit de civiele en bestuurssectoren van rechtbanken en gerechtshoven zaken doorverwezen naar mediation. Voorafgaand aan of tijdens de zitting werd aan partijen schriftelijk of mondeling een mediatie-onvoorstel gedaan. Voor partijen waren hier geen extra kosten aan verbonden. In een tweede project, genaamd 'Gefinancierde rechtsbijstand' dat in 2001 van start ging, werden cliënten die vallen onder de Wet op de Rechtsbijstand, naar mediation doorverwezen vanuit enkele Bureaus Rechtshulp (tegenwoordig Juridisch Loket genoemd). Tijdens de intake of het spreekuur werden partijen gewezen op de mogelijkheid van mediation. De kosten van mediation

⁵ Tussenbericht ADR/mediation, *Kamerstukken II* 2002/03, 26 352, nr. 66, p. 2; Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 4-6.

kwamen in beginsel⁶ overeen met de kosten van een verlengd spreekuur bij het Bureau Rechtshulp.

Beide projecten hadden als doelstelling inzicht te krijgen in de vraag of structurele doorverwijzingsvoorzieningen naar mediation een plaats binnen de justitiële infrastructuur verdienen en op welke wijze dit dan vorm gegeven moet worden. Mede op basis van de resultaten van deze projecten, stelde de minister in 2004 in zijn notitie 'Mediation en het rechtsbestel'⁷ een aantal concrete investeringen voor, die de bekendheid en ervaring met mediation dienden te vergroten. De maatregelen die tot op de dag van vandaag de toepassing van mediation moeten bevorderen, zijn:

- Een *algemene informatievoorziening* voor de verschillende mogelijkheden van conflicthantering. Door middel van algemene informatiekanalen worden burgers en instellingen ingelicht over de voor- en nadelen van de diverse methoden. Daarnaast moet deze informatie aan conflictpartijen verstrekt worden door beroepsgroepen en instanties, die in aanraking kunnen komen met deze partijen.
- Een *doorverwijzingsvoorziening naar mediation bij het Juridisch Loket*. In een vroeg stadium van het conflict worden partijen voorzien van informatie over de mogelijkheden van conflicthantering en wordt aan partijen, waarvan het conflict geschikt is voor mediation, een mediationvoorstel gedaan. Het Juridisch Loket beschikt sinds haar oprichting in 2005 over de doorverwijzingsvoorziening.
- Een *doorverwijzingsvoorziening naar mediation vanuit de gerechten*. Partijen worden door de gerechten van informatie voorzien en ontvangen advies over de geschikte manier van conflicthantering. Binnen het gerecht is een aanspreekpunt aanwezig, waar partijen met vragen terecht kunnen. Van begin af aan is benadrukt dat mediation geen taak is van de rechterlijke macht en rechters daarom niet als mediator mogen optreden. In april 2005 beschikten de eerste gerechten over een doorverwijzingsvoorziening naar mediation en sinds april 2007 kan bij alle 26 gerechten gekozen worden voor mediation.
- Een *tegemoetkoming voor minder draagkrachtigen* die gebruik willen maken van mediation. Deze mediationtoevoeging is gelijk aan de helft van de hoogte van de eigen bijdrage voor een gerechtelijke procedure, rekening houdend met het feit dat partijen gezamenlijk gebruik maken van de diensten van één mediator en niet ieder de kosten van een eigen advocaat moet dragen, zoals in een gerechtelijke procedure het geval is.

⁶ Indien de mediation langer dan drieënhalf uur duurde, betaalde de cliënt de helft van de inkomensafhankelijke bijdrage die zij normaalgesproken volgens de toevoegingsnorm zou betalen, met een maximum van € 266: L. Combrink, E. Niemeijer & M. ter Voert, *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, WODC-reeks Onderzoek en beleid, nr. 210, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 25.

⁷ Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 8-14.

Om de regel in werking te doen treden is de Wet op de Rechtsbijstand aangepast.⁸

- Een *tijdelijke stimuleringsbijdrage* nadat partijen door de rechter zijn doorverwezen naar een mediator. Hoewel het uitgangspunt is dat partijen zelf de kosten van de mediation voor hun rekening nemen, ontvangen partijen een forfaitair bedrag van € 200 per mediation, wat inhoudt dat de eerste 2,5 uur mediation voor rekening van de overheid komen. De maatregel geldt voor een periode van 5 jaar en de beleidsregel⁹ waarin de regels omtrent de bijdrage zijn vastgelegd, moet jaarlijks verlengd worden.

Naast het creëren van positieve prikkels, is nagedacht over de borging van de kwaliteit van mediators.¹⁰ Hoewel dit volgens de overheid primair de verantwoordelijkheid van de markt is, denkt de overheid met de mediators mee over de manier waarop de kwaliteit van mediators gewaarborgd blijft. Het Nederlands Mediation Instituut (NMI) heeft enkele jaren geleden een persoonscertificaat (Certificaat Mediator) ontwikkeld en houdt momenteel een openbaar register bij van gecertificeerde mediators. Mediators die deelnemen aan mediationvoorzieningen binnen het rechtsbestel behoren zich in te schrijven in het register van de Raad voor Rechtsbijstand en moeten vanwege de specifieke context waarin de mediation plaatsvindt, voldoen aan aanvullende eisen, zoals het bezit van voldoende praktijkervaring.

Het instellen van een geheimhoudingsplicht of verschoningsrecht voor mediators werd, hoewel hierop door de praktijk vaak is aangedrongen, niet noodzakelijk geacht.¹¹ Er moet namelijk voorkomen worden dat mediation onnodig met een groot aantal wettelijke regels omkleed wordt. Een veelheid aan regelgeving zou het informele karakter, waardoor het zich ondermeer onderscheidt van rechtspraak, teniet doen.

Het totaal aan kosten dat met deze investeringen gemoeid is, lijkt op het eerste gezicht mee te vallen. Structurele kosten voor het in werking brengen van de doorverwijzing vanuit de gerechten en voor de mediationtoevoeging worden er niet gemaakt, omdat er opbrengsten of verminderde andere uitgaven tegenover staan.¹² De informatievoorziening, de investeringen in de doorverwijzingsvoorzieningen vanuit de gerechten en het Juridisch Loket, de stimule-

⁸ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van de rechtsbijstand door de raden voor rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviesvoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2005/06-2006/07, 30 436.

⁹ Beleidsregel stimuleringsbijdrage conflictbemiddeling, *Stcrt.* 2006, 92.

¹⁰ Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 10; Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 9.

¹¹ Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 10-11.

¹² Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 15-17; Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 8-9.

ringsbijdragen en de monitoring brengen wel jaarlijks incidentele kosten met zich mee.¹³

8.2.3 Resultaten

De resultaten van de projecten ‘Mediaton naast rechtspraak’ en ‘Gefinancierde rechtsbijstand’ zijn gepubliceerd in het rapport ‘Ruimte voor mediation’. Wat de effectiviteit betreft, is vastgesteld dat in meer dan 60% van de mediations, zowel doorverwijzingszaken vanuit de rechtspraak als vanuit de Bureaus Rechtshulp, een (gedeeltelijke) overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁴ Tweederde van de afspraken die voortvloeiden uit deze mediations zijn nagekomen¹⁵ en de partijen waren over het algemeen tevreden over de mediation. Het merendeel zou zelfs opnieuw voor mediation kiezen in de toekomst.¹⁶ Ten aanzien van de efficiëntie blijkt een geslaagde mediation in vergelijking met gerechtelijke procedures een tijdsbesparing op te leveren, terwijl de gemiddelde doorlooptijd werd verlengd in het geval dat de mediation zonder overeenstemming werd beëindigd.¹⁷

In een beknopte terugkoppeling naar de overige doelstellingen van de bevordering van alternatieve geschiloplossing werd gesteld dat de doorverwijzing naar mediation leidt tot dejuridisering en dat de specifieke voordelen van mediation zorgen voor een meer pluriforme toegang tot het recht. Een omvangrijke vermindering van de werkdruk van de rechter kon nog niet vastgesteld worden, volgens de opstellers van het rapport.¹⁸

Een ander belangrijk document met resultaten van overheidsondersteuning van mediation, is het onlangs door het WODC uitgebrachte tussenrapport, waarin de uitkomsten van de mediationvoorzieningen in de periode van 1 april 2005 tot 31 december 2006 zijn beschreven. Één van de belangrijkste resultaten is dat het aantal mediations dat via Juridische Loketten en gerechten is doorverwezen jaarlijks stijgt.¹⁹ Minder dan de helft van de partijen die aan

¹³ De minister ging in de begroting van 2005 uit van € 5,2 miljoen aan incidentele kosten: Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 15-17. Het ministerie van Justitie heeft aangegeven tot 2010 extra middelen te besteden aan mediation. De informatievoorziening en de stimuleringsbijdrage hebben dan naar verwachting voldoende bijgedragen aan het stimuleren van mediation en de doorverwijzingsvoorzieningen worden geacht vanaf dat moment structureel te zijn ingebed in de Rechtspraak en het Juridisch Loket.

¹⁴ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 77 (zie noot 6).

¹⁵ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 115-116 (zie noot 6).

¹⁶ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 78-81 (zie noot 6).

¹⁷ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 114-115 (zie noot 6).

¹⁸ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 176-178 (zie noot 6).

¹⁹ In civielrechtelijke zaken bereikt na doorverwijzing door de rechter bereikt ruim 60% van de mediationzaken volledige of gedeeltelijke overeenstemming, een vrijwel gelijke uitkomst als bij de evaluatie van de mediationprojecten: J. Reitsma, M. Tumewu & M. ter Voert, *Mediation Monitor 2007; tussenrapportage*, WODC, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 30.

mediation hebben deelgenomen was vooraf bekend met mediation.²⁰ Tegelijk met het gegeven dat een aantal partijen op eigen initiatief voor mediation kiest,²¹ zou dit een aanwijzing kunnen zijn dat mediation (meer) bekendheid geniet in de samenleving.

Ten aanzien van de stimuleringsbijdrage concludeerden de rapporteurs dat deze voldoende is om kennis te maken met mediation en eventuele weerstanden te overwinnen.²² Bij de helft van de partijen die door de gerechten zijn doorverwezen is de bijdrage (enigszins) van belang voor hun keuze.²³ Ook de mediationtoevoeging speelt een rol van betekenis voor partijen. De toevoeging is voor 70% van de partijen die doorverwezen zijn vanuit de loketten (enigszins) van belang bij hun keuze voor mediation.²⁴

In de begeleidende brief²⁵ wees de minister van Justitie op de toegenomen aandacht voor mediation. De toepassing van mediation vindt namelijk niet slechts plaats in echtscheidings- en arbeidszaken, maar ook in de letselschadebranche en in andere conflicten binnen ondernemingen. Ook de overheid maakt in toenemende mate gebruik van mediation en vervult op deze manier steeds meer een voorbeeldfunctie. Bovendien wint mediation niet alleen binnen het rechtsbestel, maar ook daarbuiten aan terrein. De minister waarschuwt echter voor te hooggespannen verwachtingen. Elke nieuwe conflictsituatie blijkt voor partijen weer belemmeringen met zich mee te brengen om te kiezen voor mediation. Verstevinging van het draagvlak voor mediation zal dan ook in de komende jaren nodig blijven.

8.3 Verschuiving in doelstellingen

8.3.1 Accentverschuiving

Over de kwantitatieve doelstelling is de overheid van het begin af aan voorzichtig geweest in haar bewoordingen. Ze heeft een slag om de arm gehouden om niet de verwachting te wekken, dat mediation de oplossing is voor de hoge werkdruk van de rechter. In haar beleidsnotities wordt op steeds duidelijker manier kenbaar gemaakt dat terughoudendheid in het voorspellen van concre-

²⁰ 20% van de partijen na doorverwijzing door het Juridisch Loket en 45% van de partijen na doorverwijzing door de rechter geeft aan vooraf bekend te zijn geweest met mediation: Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 15 en 27 (zie noot 19).

²¹ 16% van de partijen na doorverwijzing door het Juridisch Loket en 14% van de partijen na doorverwijzing door de rechter geeft aan zelf een mediation te hebben voorgesteld: J. Reitsma, M. Tumewu & M. ter Voert, 2007, p. 17 en 28.

²² Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 4 (zie noot 19).

²³ 29% van de partijen geeft aan dat de eerste 2,5 uur kosteloze mediation (enigszins) van belang is om voor mediation te kiezen: Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 29 (zie noot 19).

²⁴ Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 17 (zie noot 19).

²⁵ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007.

te resultaten gepast is. Zo is benadrukt dat het effect op de vermindering van de werkdruk van de rechter slechts op de lange termijn kan worden gezien.²⁶ Ook is de complexiteit van het gerechtelijke apparaat onder ogen gezien. Meerdere autonome factoren zijn van invloed op de werkdruk van de rechter, zoals de bevolkingsgroei, individualisering, toegenomen mondigheid en zelfbewustzijn en de toename van rechtsregels. Deze factoren leiden tot een toename van het beroep op de rechter. De overheid achtte het niet waarschijnlijk dat mediation voldoende tegenwicht kan bieden aan de effecten van deze autonome factoren.²⁷ De verwachting dat mediation een instrument is ter vermindering van de belasting van het gerechtelijk apparaat zou dan ook op voorhand niet waar te maken zijn. Tenslotte is volgens de overheid het effect van het gebruik van mediation op de werkdruk van de rechter lastig op verantwoorde wijze te meten en zichtbaar te maken.²⁸

Ondanks deze terechte gereserveerdheid, gaf de overheid telkens aan wel de verwachting te hebben dat mediation voor vermindering van de werkdruk van de rechter zorgt.²⁹ Van een meer gestructureerde introductie van mediation mag volgens de overheid op termijn en in samenhang met andere maatregelen, toch wel een bijdrage aan de vermindering van de werkdruk van de rechter verwacht worden.³⁰ Vooral in de eerste rapporten leek een eventuele bijdrage van mediation aan een goed functionerend en toegankelijk gerechtelijk apparaat zelfs de prioriteit te krijgen boven de meer ideële doelstellingen, zoals de dejuridisering van geschillen.³¹ In de notities van de laatste jaren lijkt de overheid hier op terug te komen. Het belang van de kwalitatieve aspecten van mediation wordt meer benadrukt³² en de verwachting dat mediation bijdraagt aan de vermindering van de werkdruk van de rechter lijkt te zijn afgenomen. Hoewel een geslaagde mediation ongetwijfeld tijd en energie van de rechtspraak zal besparen, is volgens de overheid op dit moment weinig te zeggen over wat de gevolgen voor de werkdruk zijn als het geschil op een andere wijze opgelost werd.³³

²⁶ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 8-9.

²⁷ Tussenbericht ADR/mediation, *Kamerstukken II*, 2002/03, 26 352, nr. 66, p. 2; Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 4-6.

²⁸ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 7.

²⁹ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 8-9.

³⁰ Tussenbericht ADR/mediation, *Kamerstukken II* 2002/03, 26 352, nr. 66, p. 2.

³¹ W. van Steenberghe, 'Doorverwijzing naar mediation vanuit de rechtspraak: contradictio in terminis of een goede manier om de rechterlijke macht te ontlasten?', *Nederlands Juristenblad* 2005, nr. 45, p. 2364-2366; en als reactie hierop C.J.W. Vos, 'Justitiebeleid inzake mediation: een reactie op Van Steenberghe', *Nederlands Juristenblad* 2006, nr. 28, p. 1575-1577.

³² Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 4-6.

³³ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 7.

Ook uit internationaal literatuuronderzoek blijkt dat er weinig aanwijzingen zijn dat mediation de taaklast van de rechter verlicht. Naast het geringe aantal doorverwijzingen naar mediation, worden als mogelijke oorzaken ondermeer genoemd dat mediationzaken zonder doorverwijzing in een vroeg stadium vanwege het ontbreken van een juridische grondslag niet ontvankelijk zouden zijn verklaard of zonder toedoen van de rechter tot een oplossing zouden zijn gekomen; dat wanneer de mediation niet slaagt de zaak alsnog voor de rechter komt; of dat het mediationvoorstel wordt afgewezen.³⁴

De om meerdere redenen dus verklaarbare terughoudendheid om kwantitatieve resultaten te verwachten en de naar mijn verwachting daarmee samenhangende toenemende nadruk op het kwalitatieve aspect van mediation, wijst op een accentverschuiving. De overheid lijkt min of meer te terug te komen van de door haar geuite verwachting dat mediation werkelijk bijdraagt aan beperking van de werklast van de rechterlijke macht.

Dit zal ongetwijfeld samenhangen met het wegnemen van de interpretaties die juristen en anderen aan het beleid toekenden, alsof de overheid slechts een instrumentele kijk op mediation had.³⁵ Mijns inziens is evenwel evident dat de overheid momenteel de vermindering van de werkdruk van de rechter niet meer als één van de belangrijkste doelstellingen van alternatieve geschiloplossing ziet. Niet alleen om de misvatting weg te nemen dat mediation en rechtspraak zich als concurrenten tot elkaar verhouden, maar vooral door het voortschrijdende inzicht dat het kwalitatieve aspect van mediation er meer toe doet. Te denken valt hierbij aan het verhelderen van de achterliggende belangen van partijen voordat het Juridisch Loket en gerechten een mediationvoorstel doen. Ook draagt mediation bij aan de verbetering van het onderhandelingsklimaat waarin partijen vooral zelf tot een oplossing van hun conflict moeten komen. Op deze manier levert mediation een kwalitatieve bijdrage aan conflicthantering en wordt de indruk weggenomen dat door het stimuleren van mediation de toegang tot de rechter wordt beperkt.

8.3.2 *Tweeërlei investering*

De werkdruk van de rechterlijke macht is, zoals de overheid ook erkent, een probleem, dat niet zonder meer door middel van mediation opgeheven wordt. Daarvoor is de problematiek te groot en zijn de beïnvloedende factoren te complex. Als mediation al bijdraagt aan de oplossing van dit probleem, waarover dus momenteel geen concrete gegevens bekend zijn, dan alleen in samenhang met andere beleidsmaatregelen. Deze moeten dan vooral betrekking hebben op de verbetering van gerechtelijke procedures. Het rapport 'Eenvou-

³⁴ N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken: een internationaal literatuuronderzoek*, Onderzoeksnotities, Den Haag: WODC 2002, nr. 5, p. 73.

³⁵ N.J.H. Huls, 'De aanbodeconomie van ADR', *Justitiële Verkenningen* 2000-9, p. 99-107.

dige procedure voor eenvoudige zaken’,³⁶ waarover de SER onlangs advies heeft uitgebracht, is hiervan een goed voorbeeld. De procedure houdt in dat in geval van eenvoudige vorderingen partijen een eenvoudige procedure kunnen doorlopen door bijvoorbeeld de vordering en het verweerschrift per internet in te dienen.

Het wetsvoorstel ‘deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade’³⁷ is een voorbeeld van een investering die zowel de rechtspraak als mediation raakt. Het voorstel beoogt dat de rechter in letselschadezaken beslist op punten waarop partijen tijdens een mediation geen overeenkomst kunnen bereiken. Dit bespaart de rechtbank werk, omdat de zaak niet in volle omvang getoetst hoeft te worden en zorgt er tegelijkertijd voor dat een mediation niet meteen afgebroken hoeft te worden wanneer partijen het op een punt niet met elkaar eens zijn. Na de beslissing van de rechter kan de mediation immers voortgezet worden. Zo hoopt de overheid door middel van investeringen zowel in rechtspraak als in buitengerechtelijke geschilafdoening bij te dragen aan vermindering van de werkdruk van de rechter.

8.3.3 *Vergelijking met het buitenland*

Dat efficiencyoverwegingen een belangrijke rol spelen in het stimuleren van mediation is niet ongewoon in Europa. In de meeste Europese landen, waarbij vergeleken het Nederlandse rechtsbestel nog snel en doelmatig functioneert, waren lange doorlooptijden en hoge proceskosten de belangrijkste redenen om, naast investeringen in de rechtspraak, mediation van overheidswege te stimuleren.³⁸ Zo is in Engeland in 1996 het Woolf Report verschenen, waarin Lord Woolf honderden aanbevelingen doet om het Engelse rechtsbestel meer efficiënt en toegankelijk te maken. Eén van de aanbevelingen betrof de oproep tot publieke steun voor buitengerechtelijke geschilafdoening, zoals mediation. Het ministerie van Justitie in Engeland stelde enkele jaren later dat met behulp van mediation het percentage geschillen dat door middel van rechtspraak opgelost wordt, teruggedrongen moet worden. Vanuit de rechtswetenschap is hier forse kritiek op geleverd. De discussie zou vertroebeld zijn, doordat onvoldoende aandacht wordt besteed aan de kwalitatieve bijdrage van mediation aan de toegang tot het recht. ‘ADR is geen wondermiddel tot het uitroeien van het kwaad in een civiel rechtssysteem’, aldus een hoogleraar.³⁹ Hoewel in Nederland de verwachting dat mediation een ontlasting van de rechterlijke macht tot gevolg zou hebben, niet zozeer tot vertroebeling van de discussie leidde, was dit gevaar niet ondenkbaar. Het is daarom wellicht maar goed dat het me-

³⁶ Commissie voor Consumentenaangelegenheden, *Eenvoudige procedures voor eenvoudige zaken*, Den Haag: Sociaal Economische Raad, 2007.

³⁷ Wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800, nr. 6.

³⁸ A.S. Zuckermann, *Civil Justice in crisis; comparative perspectives of civil procedure*, Oxford: University Press 1999.

³⁹ H. Genn, ‘Mediation in Engeland en Wales’, *Justitiële Verkenningen* 2003-8, p. 42-55.

ten van het kwantitatieve effect niet haalbaar blijkt en de meeste aandacht momenteel uitgaat naar de kwalitatieve aspecten van mediation.

8.4 Complementaire verhouding mediation en rechtspraak

Een meer pluriforme toegang tot het recht is één van de kwalitatieve doelstellingen die de overheid met het stimuleren van mediation voor ogen heeft. De overheid neemt de verantwoordelijkheid op zich voor een goed functionerende juridische infrastructuur. Daarbij behoort niet alleen de rechtspraak, maar ook mediation.⁴⁰ Om binnen hetzelfde rechtsbestel deze verschillende conflictanteringsmethoden te kunnen ondersteunen, is het van belang na te denken over de verhouding tussen beide methoden. Vooral nu is vastgesteld dat met het stimuleren van mediation niet beoogd wordt de rechter te ontlasten, is het van belang te onderzoeken op welke wijze mediation zich dan verhoudt tot bestaande juridische methoden.

8.4.1 *Rechtspraak als ultimum remedium*

In haar eerste beleidsstukken met betrekking tot mediation deed de overheid rechtspraak voorkomen als ultimum remedium.⁴¹ Ook in de literatuur is de rechtspraak tijdens de opkomst van mediation op deze manier getekend. Mediation zou zoveel voordelen kennen in vergelijking met een gerechtelijke procedure, dat partijen eerst naar een mediator zouden moeten gaan en dat ze pas aan de stap naar de rechter toekomen als alle andere conflictanteringsmethoden zijn uitgeput.⁴² Sommigen gaan zelfs zover dat ze voorstellen om mediation tot een verplichte voorfase van een gerechtelijke procedure te maken.⁴³

⁴⁰ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 8.

⁴¹ Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 4.

⁴² Zie o.a. M. Pel, 'De drievoudige taak van de rechter: schikken, doorverwijzen naar mediation en/of beslissen', in: A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 136; M. Brandsma, 'Justitiebeleid inzake ADR; op zoek naar de grenzen van verantwoordelijkheid', *Justitiële verkenningen* 2003-8, p. 36.

⁴³ De Roo en Jagtenberg gaan in hun onderzoek naar de praktijk van mediation in Nederland omringende landen uitvoerig in op de diverse schakeringen van dwang en vrijwilligheid in het doorverwijzen naar mediation alvorens de rechter een beslissing neemt. Voor Nederland indiceren ze de variant waarbij de rechter slechts het idee oppert een mediation te beproeven, maar dan met een deskundige uitleg: A. de Roo & R. Jagtenberg, *De praktijk van mediation in ons omringende landen*, Rotterdam, Erasmus Universiteit 2003, p. 77; R.W. Jagtenberg & A.J. de Roo, 'Mediation: verplicht of vrijwillig', in *Justitiële Verkenningen* 2003-8, p. 56-67.

Wanneer mediation echter al te zeer wordt aangeprezen en tegelijkertijd de nadelen van de rechtspraak worden uiteengezet of over de verhouding tot de rechtspraak in het geheel gezwezen wordt, doet zich het gevaar voor dat mediation als concurrent van de rechtspraak gezien wordt. In de literatuur is dan ook regelmatig de vraag gesteld of de overheid zich wel op het juiste spoor bevindt nu ze mediation in hoge mate stimuleert. Diverse hoogleraren hebben zich naar aanleiding van de notitie ‘mediation en het rechtsbestel’ kritisch uitgelaten over het overheidsbeleid inzake mediation.⁴⁴ Het was de mening toegedaan dat de minister ernaar streefde conflictpartijen in het algemeen minder snel naar de overheidsrechter te laten stappen. De rechtspraak als ultimum remedium dus. Dan zijn de tegen de ‘privatisering van de rechtspraak’ geuite bezwaren niet onbegrijpelijk. Belangrijke kenmerken van de rechtspraak, zoals de openbaarheid⁴⁵ en jurisprudentievorming,⁴⁶ zouden dan te loorgaan en rechtvaardige vrede zou verworden tot lieve vrede. Het publieke karakter van het privaatrecht zou geheel over het hoofd worden gezien bij het streven naar dejuridisering van conflicten.

8.4.2 Alternatieve instrumenten

In latere rapporten stelde de overheid haar woordgebruik over de verhouding tussen mediation en rechtspraak bij en sprak over alternatieve conflictthanteringsmethoden. Mediation heeft in sommige zaken een meerwaarde boven een gerechtelijke procedure, maar mediation mag niet zo ingebed worden in het rechtssstelsel dat de weg naar de rechtspraak daardoor verhinderd zou worden. Er is namelijk geen algemene norm voorhanden om te beoordelen wat de meest geschikte conflictthanteringsmethode is. Rechtspraak mag dan wel niet altijd de meest geëigende of doelmatige weg zijn, de weg ernaar toe dient open te blijven, aldus de overheid.⁴⁷

Toch stelt het spreken over alternatieven nog niet geheel tevreden. Het beeld kan ontstaan dat beide methoden zich geheel neutraal tot elkaar verhouden en

⁴⁴ M.W. Hesselink, C.E. du Perron, A.F. Salomons, ‘Mediation is geen rechtspraak’, *Volkskrant* 13 mei 2004; Huls 2000, p. 99-107 (zie noot 35); M.A. Loth, ‘Rechtspraak en mediation: een liaison dangereuse?’ in: A.F.M. Brenninkmeijer (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 39-49.

⁴⁵ M.A. Loth 2003, p. 46 (zie noot 44).

⁴⁶ Vranken heeft zelfs voorgesteld rechtsvorming binnen ADR te ontwikkelen en te bevorderen om tegemoet te komen aan de toenemende behoefte aan rechterlijke rechtsvorming en tegelijkertijd aan te sluiten bij de actuele vormen van conflictthantering: J.B.M. Vranken, ‘ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenhang’, in E.J.M.F.C. Broers & B.M.J. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 241-253. Zie ook M.A. Loth 2003, p. 45 (zie noot 44).

⁴⁷ Zie o.a. tussenbericht ADR/mediation, *Kamerstukken II* 2002/03, 26 352, nr. 66, p. 3; verslag van een schriftelijk overleg over brief van Ministerie van Justitie van 19 april 2004 betreffende mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 258, nr. 2, p. 10-12.

elkaar niet kunnen helpen in het zoeken naar een geschikte vorm van conflict-hantering. Rechtspraak en mediation kunnen alsnog onnodig tegen elkaar afgezet worden, terwijl het aanvullen van de methode van de ander de partijen meer tot nut is. Diverse juristen stelden dan ook voor om niet meer te spreken over ADR ('Alternative Dispute Resolution') maar over 'effectieve conflictafdoening op maat' als overkoepelend begrip voor alle vormen van conflictafdoening.⁴⁸ Vooral binnen de rechterlijke macht leidde het gebruik van de term 'ADR' tot weerstanden. Om dit te voorkomen en ook binnen de rechterlijke macht draagvlak te vinden voor de inzet van mediation, zou de term 'effectieve conflictafdoening op maat' behulpzaam zijn.⁴⁹

8.4.3 Wederzijdse aanvulling

De herbezimmers Nederlands burgerlijk procesrecht beschrijven in hun rapporten mediation en overheidsrechtspraak als complementaire instrumenten voor conflicthantering.⁵⁰ Jammer genoeg gaat de minister in zijn reactie op de rapporten niet expliciet op deze stellingname in, maar op basis van de standpunten van medewerkers van het ministerie mag aangenomen worden dat de overheid zich aansluit bij deze visie.⁵¹ Mediation is dan geen volwaardig alternatief voor rechtspraak, maar andersoortig,⁵² zowel in haar eigenschappen als in de fase van een geschil waarin ze van belang is.⁵³ Mediation en rechtspraak zijn niet identiek, omdat de rechter op de zitting rechtspreekt (incl. de mogelijkheid tot schikken) en de mediator in een voorprocedure of na verwijzing door de rechter het conflict oplost. Het civiele recht is uiteindelijk niet bedoeld om het onderliggende conflict op te lossen,⁵⁴ maar wil de rechten van burgers beschermen en zonodig bij anderen afdwingen. Of zoals de minister verwoordde: 'de rechtszoekende een efficiënte, effectieve en eerlijke mogelijkheid bieden om zijn materiele rechten te verwezenlijken'.⁵⁵ Mediation

⁴⁸ M. Pel, 'Mediation naast rechtspraak; naar een effectieve geschilafdoening op maat', *Justitiële verkenningen* 2003-8, p. 21-34.

⁴⁹ De gewenste omschakeling in terminologie is op internationaal niveau al in gang gezet. Zo wordt in de Verenigde Staten steeds vaker gesproken over 'effective dispute resolution (EDR)' en zetelt in Londen het Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR).

⁵⁰ W.H.D. Asser e.a., *Een nieuwe balans: interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Uitgevers, 2003, p. 54; W.H.D. Asser e.a., *Uitgebalanceerd: eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Uitgevers, 2006, p. 38-39.

⁵¹ Th.J. van Laar & J.W. van Wetten, 'Toegankelijke, onafhankelijke en slagvaardige rechtspraak', *Nederlands Juristenblad*, 2005-1, p. 16-17; J.R. Mantz, interview, Den Haag, 19 maart 2007.

⁵² Mantz spreekt over een 'andere aanpak' die mediation in zich heeft en uitstraalt: J.R. Mantz, 'Mediation en het rechtsbestel: een tussenevaluatie van minister Hirsch Ballin', *Tijdschrift voor Conflicthantering* 2007-4, p. 54.

⁵³ J.R. Mantz, interview, Den Haag, 19 maart 2007.

⁵⁴ Asser e.a. 2003, p. 46 (zie noot 50).

⁵⁵ Herbezinning burgerlijk procesrecht, *Kamerstukken II* 30 951, nr. 1, p. 8.

daarentegen stelt de belangen van de partijen op de eerste plaats en zoekt naar een oplossing van het schil, zonder dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan een van deze belangen. Het is een misvatting te veronderstellen dat vraag en aanbod van buitengerechtelijke instanties en rechtspraak zich als 'communi- cerende vaten' gedragen.⁵⁶

Mediation en rechtspraak vullen elkaar door hun unieke karakter juist aan. Een goed voorbeeld van deze wederzijds aanvullende werking is het al eerder genoemde wetsvoorstel 'deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade'.⁵⁷ Door middel van mediation wordt een letselschadeconflict zoveel als mogelijk opgelost. Slechts de punten waarop partijen niet het eens kunnen worden, komen in aanmerking voor een rechterlijke beslissing. Zowel de mediator als de rechter heeft op elk zijn eigen wijze bijgedragen aan de hantering van het conflict.

8.4.4 *Implicaties van wederzijdse aanvulling*

Wederzijdse aanvulling van mediation en rechtspraak impliceert niet dat rechtspraak slechts uit een formalistische berechting bestaat en geen oog heeft voor de belangen van partijen, evenmin als mediation bestaat uit een compromis, waarvoor beide partijen water bij de wijn moeten doen. Een rechter dient zich zeker te verdiepen in de belangen van partijen, maar moet in eerste instantie een juridisch legitiem oordeel geven. Net als een mediator juridische kennis dient te hebben van het geschil om het te kunnen begrijpen,⁵⁸ maar zijn primaire taak is om ervoor te zorgen dat partijen zelf tot een oplossing komen die aan wederzijdse belangen tegemoet komt. Daarom zijn er slechts twee uitgangspunten mogelijk: de belangeninvullende communicatie of de juridische beslissing.⁵⁹ Mediation dient zich te hoeden voor jurisdisering⁶⁰ en rechtspraak is niet de plaats waar de belangen van de partijen het uitgangspunt kunnen zijn. Vermenging van verschillende discussievormen gaat namelijk ten koste van het beoogde effect. Dit vergt wel inzicht in welke situaties en voor welke partijen welke oplossingsmethode geschikt is. De noodzaak tot samenwerking in de toekomst en de verwachte naleving van een gerechtelijk

⁵⁶ Van Laar & Van Wetten 2005, p. 16-17 (zie noot 51).

⁵⁷ Wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800, nr. 6.

⁵⁸ Het belang van vakspecifieke kennis is sterk benadrukt door LetMe, een mediation-kantoor voor letselschadeconflicten: M.T. Spronck, 'Best practice ter structurele verbetering van het letselschadeproces in Nederland, *Tijdschrift voor Mediation* 2006-1, p. 28-29.

⁵⁹ M. Boelrijk, 'Mediation naast rechtspraak: wederkerige verwijzing noodzakelijk, *Tijdschrift voor Mediation* 2004-3, p. 63-68.

⁶⁰ Volgens Vranken bestaat de neiging om te jurisdiseren uit: aanwezigheid van advocaten; meer evaluatieve dan faciliterende benadering; gebruik van objectieve criteria, ontleend aan het recht; regulering van vertrouwelijkheid; kwaliteitsmaatstaven; landelijke regelingen of Europese richtlijnen: J.B.M. Vranken, 'Grenzen aan mediation', in J. Smit e.a. *Kwaliteitsverbetering van het letselschadeproject*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 19-34.

oordeel of mediation-overeenkomst zijn hierbij belangrijke criteria. Evenals de aanwezigheid van een publiek belang dat een rechter in geval van doorverwijzing voor een gerechtelijke afdoening moet doen pleiten.⁶¹

Het besef van andersoortigheid geeft ook ruimte voor wederkerige verwijzing tussen mediation en rechtspraak. Mediation moet niet alleen tijdens een gerechtelijke procedure ter sprake gebracht worden, maar er moet ook geluisterd worden naar de overwegingen van partijen om voor de gerechtelijke procedure te kiezen. Daarnaast vraagt het om de mogelijkheid een mediation-overeenkomst door een rechterlijke uitspraak te laten bekrachtigen. En in het geval van een onoplosbare kwestie in een mediation, moeten partijen in staat gesteld worden de rechter hierover te laten oordelen.

8.4.5 Schikkingen

Een veelbesproken onderwerp in de discussie over de verhouding tussen mediation en rechtspraak is 'schikken'. In de literatuur zijn kanttekeningen gezet bij het stimuleren van mediation door de overheid, omdat mediation de rechter ervan zou weerhouden om te proberen de zaak tot een schikking te brengen.⁶²

De zorg is geuit dat mediation het conflictbemiddelende karakter van de rechtspraak, dat in het bijzonder bij schikkingen tot uiting komt, in gevaar brengt. De rechter zou een geschil in een schikking vooral formalistisch beoordelen en niet zozeer het conflict oplossen door bemiddelend op te treden tussen de partijen, omdat mediation hiervoor de aangewezen weg is. De mediator, daarentegen, zal proberen een geschil naar tevredenheid van beide partijen op te lossen, zodat partijen elkaar weer recht in de ogen kunnen kijken.

Tegen deze visie op de verhouding tussen schikken en mediation kan het een en ander worden ingebracht. Ten eerste zijn er duidelijk inhoudelijke verschillen te constateren. Zo hebben partijen bij een schikking het gevoel de beslissing minder in eigen hand te hebben dan bij een mediation, waarbij partijen zelf moeten onderhandelen.⁶³ Verder is een schikking in tegenstelling tot mediation ingekaderd door het voorgelegde juridische geschil.⁶⁴ Het gebruik van bepaalde mediationstechnieken is bij schikkingen ook uitgesloten. De caucus-techniek waarbij de mediator buiten aanwezigheid van de ene partij overlegt met de andere partij, is een voorbeeld van een mediationstechniek die niet toegepast mag worden bij een schikking.⁶⁵ Tenslotte is de rol van rechter anders

⁶¹ Loth 2003, p. 47 (zie noot 44). Zie ook P.L. Berger, *The limits of social cohesion: conflict and mediation in pluralist societies: a report of Bertelsmann Foundation to the Club of Rome*, Boulder: Westview Press 1998, p. 367 die mediation weinig effectief acht, in het geval van normatieve conflicten die van grote invloed zijn op de sociale cohesie binnen landen of de stabiliteit op internationaal niveau.

⁶² M. Loth, 'Van wie is de conflictbemiddeling?' *Trema* 2000, nr. 2, p. 67-68.

⁶³ Combrink, Niemeijer & Ter Voert 2003, p. 173-174 (zie noot 6).

⁶⁴ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 7.

⁶⁵ Asser e.a. 2003, p. 55 (zie noot 50).

dan die van de mediator. De rechter moet immers zijn rol van geschilbeslechter weer kunnen hernemen bij een mislukte schikking.

Een schikking verschilt dus, net als een gerechtelijke procedure, zodanig van mediation dat er geen aanleiding is te vrezen dat het stimuleren van mediation het gebruik van schikkingen negatief beïnvloedt. De mogelijkheid van wederzijdse aanvulling van mediation en rechtspraak, inclusief schikken, blijft dan ook bestaan.

8.4.6 De weg naar een uitgebalanceerd standpunt

Dat de overheid over de verhouding tussen mediation en rechtspraak op een andere manier is gaan spreken, impliceert niet meteen dat haar visie op de verhouding aan verandering onderhevig is geweest. Hoewel dit laatste niet uitgesloten is, gezien de accentverschuiving binnen de beleidsdoelstellingen inzake mediation, is het belangrijk te beseffen dat het vinden van een genuanceerd standpunt de nodige tijd kan vergen. In de rapporten inzake fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht⁶⁶ komt duidelijk naar voren hoe belangrijk het is dat de woorden die gebruikt worden om de verhouding tussen mediation en rechtspraak aan te duiden, zorgvuldig gekozen en toegelicht worden. Nadat de overheid in haar eerste notities rechtspraak als ultimum remedium deed voorkomen, hebben de rapporteurs in hun interim-rapport de verschillen tussen rechtspraak en mediation scherp aangezet. Hierop kwam menig commentaar dat mediation op deze manier in een negatief daglicht werd gesteld en dat het de voorkeur verdiende aansluiting tussen beide te zoeken. In het eindrapport lichten de rapporteurs hun eerdere uitspraken toe. Zij erkennen de behoefte aan mediation, waardoor een aantal nadelen van rechtspraak vermeden worden. Tegelijkertijd wilden ze de indruk wegnemen dat rechtspraak een ‘groot afschrikwekkend voorbeeld is van hoe het vooral niet moet’ en dat mediation zonder nadelen zou zijn. Het bewust zoeken naar de negatieve kanten van mediation maakt het mogelijk inzicht te krijgen in welke situaties mediation daadwerkelijk een goed alternatief is voor rechtspraak en omgekeerd.

Dit geeft aan hoe belangrijk het is genuanceerd te spreken over de verhouding tussen mediation en rechtspraak. Discussies over deze verhouding zullen vanwege de niet altijd aanwezige zorgvuldige formulering en het ontbreken van een duidelijke toelichting naar verwachting blijvend noodzakelijk zijn. Alleen door voortdurend het gesprek aan te gaan, zal een weloverwogen standpuntbepaling mogelijk zijn. Niet slechts tussen de overheid en het werkveld, maar ook tussen rechters en mediators is een wederzijdse toelichting op elkaars visies en werkwijzen daarom van blijvend belang. Van een verandering in het spreken over de verhouding tussen mediation en rechtspraak is ongetwijfeld sprake. Het is echter lastig om te concluderen dat er in de afgelopen jaren een ander standpunt is ingenomen door de overheid en de wetenschap,

⁶⁶ Asser e.a. 2003, p. 49-54 (zie noot 50); Asser e.a. 2006, p. 38 (zie noot 50).

omdat het uitgebalanceerde standpunt door wederzijdse toelichting en dus na verloop van tijd wellicht pas tot stand komt.

8.4.7 Verband met de accentverschuiving

De geconstateerde verandering in het spreken over de verhouding tussen mediation en rechtspraak is mijns inziens niet los te zien van de accentverschuiving van de kwantitatieve naar de kwalitatieve doelstellingen van mediation. De doelstelling om met het stimuleren van mediation conflicten bij de rechter vandaan te houden om daarmee de werkdruk van de rechter te verminderen, kan niet zonder de visie op de rechtspraak als ultimum remedium. Evenals de dejuridisering van de conflictbemiddeling, een effectieve geschiloplossing en een meer pluriforme toegang tot het recht, slechts verwezenlijkt kunnen worden door oog te blijven houden voor de beperktheden van de diverse conflict-hanteringsmethoden en de wijze waarop ze elkaar kunnen aanvullen.

Het benadrukken van de intrinsieke meerwaarde van mediation geeft geen noodzaak mediation tegen rechtspraak af te zetten. De unieke eigenschappen van mediation maken dat er voldoende redenen zijn om aan te nemen dat mediation op eigen benen kan staan en zichzelf als volwaardige conflict-hanteringsmethode kan bewijzen.

8.5 Noodzaak en grenzen van overheidsoptreden

Nu duidelijk is wat de overheid met het stimuleren vooral voor ogen heeft en dat mediation in aanvulling op de rechtspraak een essentiële bijdrage kan leveren aan het geheel van conflict-hantering, is nog geen antwoord gegeven op de vraag wat de overheidsondersteuning van een private conflict-hanteringsmethode rechtvaardigt. Het is legitiem om te vragen waarom de markt niet zonder de overheid de nastrevenswaardige doelstellingen probeert te verwezenlijken en zich inzet voor versterking van het aandeel van mediation binnen de conflict-hantering.

8.5.1 Zelfoplossend vermogen van partijen

In de contourennota van het ministerie van Justitie uit 1998 werd gesproken over de mogelijke gevaren van prijsopdrijving en kwaliteitsuitholling wanneer mediation aan de markt werd overgelaten.⁶⁷ De minister stelde dat deze gevaren zich echter niet voordeden. Wel zouden er enkele financiële risico's bestaan, waar de overheid zich verantwoordelijk voor acht. In de beleidsbrief ADR 2000-2002 geeft de overheid aan zich te ontfemen over de financiële randvoorwaarden van het stimuleren van mediation, het doorverwijzen naar mediation te faciliteren, maar het aanbod en de kwaliteit van mediation aan de

⁶⁷ Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 352, nr. 2, p. 21-22.

markt over te laten.⁶⁸ In het rapport 'mediation en het rechtsbestel'⁶⁹ is de taak van de overheid verder geconcretiseerd. De onbekendheid met mediation, onvoldoende kennis van de betekenis van mediation voor de eigen situatie van partijen en de mogelijke financiële drempel die partijen ervan weerhoudt om aan mediation deel te nemen, waren aanleiding voor de overheid om in mediation te investeren.

De vraag is of de overheidsinvesteringen slechts dienen om mediation een goede aanzet te geven, of dat blijvende investeringen noodzakelijk zijn. Is de bekendheid met mediation na verloop van enkele jaren zo toegenomen dat partijen zelf de weg naar de mediator vinden en tevens bereid zijn om de kosten van mediation bij doorverwijzing volledig zelf te betalen? Of zou in elk conflict opnieuw een stimulans noodzakelijk zijn om de stap naar een mediator te zetten?

Het stimuleren van mediation staat van het begin af aan in het teken van het bevorderen van het zelfoplossend vermogen van partijen.⁷⁰ Het gaat erom dat partijen in een concrete conflictsituatie een bewuste afweging maken tussen de diverse conflicthanteringsmethoden. De eigen verantwoordelijkheid van partijen dient als maatstaf om te oordelen over het huidige beleid en de toekomstige ondersteuning van mediation door de overheid.

8.5.2 *Blijvende belemmeringen*

In het tussenrapport⁷¹ van april 2007 sluit de minister zich aan bij Barendrecht en Van Zeeland,⁷² die opmerken dat de factoren die belemmeren dat partijen onderling tot een oplossing komen, dezelfde zijn als de factoren die een barrière vormen om het eens te worden over de manier van conflicthantering. Mediation mag dan aan terrein winnen in de Nederlandse samenleving, niet mag worden vergeten dat zich telkens opnieuw belemmeringen zullen voordoen voor partijen om voor een conflicthanteringsmethode als mediation te kiezen. Er moet immers sprake zijn van onderhandelingsbereidheid, het zich openstellen naar de andere partij en het onder woorden kunnen brengen van de kern van het conflict om tot (een keuze voor) mediation te kunnen komen. De vrees dat een eigen voorstel voor mediation als zwaktebod overkomt, het wantrouwen van een voorstel van de ander, de voorkeur voor het handhaven van de status quo, het optimisme over een slagingskans in een gerechtelijke procedure en onvoldoende besef en uiting van de drijfveren in het conflict staan het komen tot een keuze voor een conflicthanteringsmethode vaak in de weg.

⁶⁸ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/00, 26 352, nr. 19, p. 14.

⁶⁹ Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1, p. 4-11.

⁷⁰ Beleidsbrief ADR 2000-2002; Meer wegen naar het recht, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 352, nr. 19, p. 7-9.

⁷¹ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 3.

⁷² J.M. Barendrecht & C.M.C. van Zeeland, 'Precies procesrecht of kaders met kansen?' *Nederlands Juristenblad*, 2007-1, nr. 1, p. 3.

Net als de minister ben ik van mening dat vanwege de blijvende aanwezigheid van deze belemmeringen een versteviging van het draagvlak voor mediation de komende jaren de aandacht zal blijven vragen. Overheidsondersteuning van mediation kan daarom niet beperkt blijven tot enkele jaren, maar investeringen zullen ook op de langere termijn noodzakelijk zijn om barrières voor partijen om naar mediator te stappen te overwinnen. Elke conflictsituatie brengt immers nieuwe belemmeringen met zich mee, ongeacht de bekendheid en ervaring van partijen met mediation.

8.5.3 *Overheid op afstand*

Waar de eigen verantwoordelijkheid van partijen centraal staat en tegelijkertijd belemmeringen in het vinden van een vorm van conflicthantering zoveel mogelijk weggenomen moeten worden, dient de overheid op enige afstand te staan en zich niet teveel en tot in detail met conflicthantering in te laten. Ze is vooral gesprekspartner, laat door haar aanwezigheid en bereidheid tot meedenken (bijv. ten aanzien van de kwaliteitswaarborging van mediation) zien dat zaken haar aandacht hebben en ze houdt toezicht op het geheel van conflicthantering. Slechts waar nodig grijpt ze in en helpt ze partijen. Dit zonodig faciliteren van partijen kan zowel inhoudelijk door het creëren van een doorverwijzingsvoorziening als financieel door het verlenen van toevoegingen of stimuleringsbijdragen. Neutrale betrokkenheid op afstand en faciliterend optreden zijn de essentiële onderdelen van de taak van de justitie en wetgever, zoals Barendrecht en Van Zeeland onlangs schreven.⁷³ Op deze manier wordt partijen volledig de ruimte gegeven te onderhandelen over de voor hen geschikte methode van conflicthantering. Op voorhand zijn er geen belemmeringen aanwezig om te kiezen voor de methode die het beste aansluit bij de belangen van de partijen. De positie van de zwakkere partij wordt voldoende beschermd en de kosten verhinderen in beginsel niet dat de stap naar de passende instantie wordt gemaakt.

De tijd om slechts partijen te ondersteunen die gebruik maken van een gerechtelijke procedure is voorbij. Door de opkomst van alternatieve geschiloplossing (ADR) is de markt van conflicthantering veel breder geworden en verdienen methoden als mediation niet minder de aandacht van de overheid. Maar dan niet in de rol van ‘detailregelaar’ maar als ‘onafhankelijk toezichthouder op de conflicthantering als geheel, met veel oog voor de belangen van de rechtzoekende en voor beheersing van kosten’.⁷⁴ Zo komt het zelfoplossend vermogen van partijen het meest tot zijn recht en wordt voldoende aandacht geschonken aan de blijvende belemmeringen in het zoeken en vinden van een geschikte vorm van conflicthantering.

⁷³ Barendrecht & Van Zeeland 2007, p. 7-8 (zie noot 72).

⁷⁴ Barendrecht & Van Zeeland 2007, p. 8 (zie noot 72).

8.5.4 *Belang van heldere visie*

In het beantwoorden van de vraag waarom mediation niet aan de markt wordt overgelaten en wat de grenzen van het overheidsoptreden zijn, speelt de visie op de verhouding tussen mediation en rechtspraak een cruciale rol. Enerzijds hoeft mediation niet in grote mate gesteund te worden omdat partijen door middel van mediation niet per definitie tot een betere hantering van hun conflict komen. Een beslissing in een gerechtelijke procedure dient evenzeer als mediation voor partijen binnen handbereik te liggen. Anderzijds kan evenmin gesteld worden dat mediation het zonder overheidsondersteuning moet stellen. Mediation vormt namelijk een goede aanvulling op de andere overwegend juridische methoden voor conflicthantering. De taak van de overheid is om mediation net als de rechtspraak facilitair te ondersteunen.

8.6 **De toekomst van mediation**

8.6.1 *Kwaliteitseisen*

Een faciliterende rol van de overheid betekent voor de toekomst van mediation dat de overheid op afstand toezicht dient te houden op het functioneren van mediation. Mogelijk machtsmisbruik door een partij moet voorkomen worden door kwaliteitseisen te stellen aan mediators. Objectiveerbare kwaliteitscriteria geven partijen het vertrouwen hun geschil voor te leggen aan de mediator. Hoewel dit primair de verantwoordelijkheid van de markt is, zal de overheid als gesprekspartner en toezichthouder haar bijdrage hieraan leveren.⁷⁵

8.6.2 *Mediationtoevoeging*

Ook de mediationtoevoeging zal in stand blijven, om minder draagkrachtigen de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van mediation. De toevoeging voorkomt dat minder draagkrachtige partijen om financiële redenen afzien van (een keuze voor) mediation.

8.6.3 *Stimuleringsbijdrage*

Wat de tijdelijke stimuleringsbijdrage betreft, ziet de overheid momenteel nog geen aanleiding om deze een structureel karakter te geven.⁷⁶ Volgens de overheid zal in de toekomst moeten blijken of de bekendheid en ervaring met mediation zodanig is toegenomen, dat partijen het voordeel van mediation inzien en bereid zijn ook zonder de stimuleringsbijdrage voor mediation te kiezen.

⁷⁵ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 9.

⁷⁶ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 7.

Cruciaal is echter de vraag of partijen in het kader van het zelfoplossend vermogen op termijn werkelijk de kosten zelf willen dragen of dat er argumenten aanwezig zijn om partijen blijvend tegemoet te komen door het aanreiken van een stimuleringsbijdrage.

Het feit dat slechts 7% van de civielrechtelijke mediationprocedures binnen twee uur en 35% binnen vier uur is afgerond,⁷⁷ doet de vraag rijzen of de eerste 2,5 uur kosteloze mediation er wel toe doet. Partijen moeten immers de kosten van het merendeel van de uren mediation alsnog zelf betalen. Toch geeft de meerderheid van de partijen aan dat de kosteloze aanvang van mediation voor hen een motief vormt om voor mediation te kiezen.⁷⁸ Ondanks het feit dat de bijdrage slechts een klein deel van de totale kosten vergoedt, achten partijen de bijdrage van belang. Dit is begrijpelijk wanneer gelet wordt op de functies van de stimuleringsbijdrage. Ten eerste stimuleert de bijdrage om op advies van de rechter te kiezen voor een mediation. Voor partijen, die van de rechter een beslissing verwachten, kan de doorverwijzing nogal onverwachts overkomen. Een aantal uren kosteloze mediation stimuleert om mediation te proberen en dus in te stemmen met het advies van de rechter.⁷⁹

Daarnaast compenseert de stimuleringsbijdrage de griffiekosten die partijen bij aanvang van de gerechtelijke procedure al betaald hebben.⁸⁰ Partijen hebben immers al de keuze gemaakt voor een gerechtelijke procedure en daarvoor griffiegeld en naar verwachting advocaatkosten betaald. Ter compensatie van een deel van deze uitgaven, ontvangen de partijen bij doorverwijzing door de rechter een stimuleringsbijdrage.

Een laatste functie van een kosteloze aanvang van mediation is de bijdrage van de eerste contacturen met de mediator aan het verdere verloop en de al dan niet uiteindelijke overeenstemming.⁸¹ Wanneer partijen namelijk vóór of in het begin van de mediation het eens moeten worden over de kosten⁸² en

⁷⁷ Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 32-33 (zie noot 19).

⁷⁸ 51% van de mediationpartijen tussen 1 april 2005 en eind 2006 vindt het (enigszins) van belang: Reitsma, Tumewu & Ter Voert 2007, p. 29 (zie noot 19).

⁷⁹ In een onderzoek naar mediation in het buitenland is gebleken dat, wanneer de kosten van mediation geheel door de partijen zelf betaald moeten worden, de mogelijkheid tot afwenteling van deze kosten verschil maakt voor het al dan niet accepteren van een mediationvoorstel: De Roo & Jagtenberg 2003, p. 70-71 (zie noot 43).

⁸⁰ De minister heeft onlangs nog aangegeven dat hij om meerdere redenen geen voorstander is van een teruggave van griffierechten in plaats van het uitkeren van de stimuleringsbijdrage. De hoogte van griffierechten wordt immers bepaald door de zaakscategorie bij aanvang van de procedure en niet door het verder verloop van de procedure, zodat van een verband met de doorverwijzing van partijen naar mediation geen sprake is. Bovendien wordt griffierecht evenmin terugbetaald wanneer de procedure eindigt in een schikking, royement of referte. Ten slotte is het mogelijk dat een mediation niet tot een overeenstemming leidt en de zaak opnieuw aan de rechter voorgelegd wordt of dat in geval van een overeenstemming partijen de rechter om een executoriale titel vragen: brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 7-8.

⁸¹ Brief van minister van Justitie aan de Tweede Kamer, *Tussenevaluatie Mediation*, 26 april 2007, p. 7.

⁸² Hoewel elke partij in principe zijn eigen kosten moet dragen, blijkt in de praktijk dat

besloten wordt dat de machtiger partij de kosten voor de zwakkere partij voor zijn rekening neemt, kan dit de zwakkere partij het gevoel geven dat de machtiger partij ook meer recht van spreken heeft in het komen tot overeenstemming. Ook kan dit zogenaamd 'slachtoffergedrag' in de hand werken, wanneer de zwakkere partij al van mening is dat de machtige partij de oorzaak van het conflict is en daarom ook maar voor de oplossing van het geschil moet zorgen.⁸³ Deze vormen van machtsonevenwicht leiden ertoe dat partijen zich niet volledig inzetten om in wederzijds belang tot een overeenstemming te komen. Om ervoor te zorgen dat beide partijen hun verantwoordelijkheid nemen tijdens de mediation en zich niet door gevoelens van zwakte of slachtofferschap laten meevoeren, is het wenselijker de kosten pas op een later moment ter sprake te brengen. Bovendien zijn partijen na enkele uren⁸⁴ beter in staat om te beoordelen of een oplossing met behulp van mediation in het verschiet ligt. Wanneer dan blijkt dat partijen naar verwachting in wederzijds belang tot een overeenstemming te kunnen komen, zullen partijen eerder bereid zijn de overige kosten van de mediation te betalen. De stimuleringsbijdrage zorgt ervoor dat het ter sprake brengen van de kosten vóór of in het begin van mediation niet noodzakelijk is.

Het is mijns inziens om bovengenoemde redenen dan ook raadzaam dat de stimuleringsbijdrage een structureel onderdeel uitmaakt van het overheidsbeleid inzake mediation.

8.6.4 *Gratis mediation*

Met te stellen dat de stimuleringsbijdrage een belangrijke functie vervult, is nog geen antwoord gegeven op de vraag waarom mediation niet gratis wordt aangeboden door de overheid. Om meerdere redenen acht ik het gratis aanbieden van mediation niet wenselijk.

Ten eerste kan ook niet kosteloos gebruik worden gemaakt van andere conflictanteringsmethoden. Volledige vergoeding van mediation zou mediation ten onrechte verheffen boven de andere methoden. Wanneer beide methoden als wederzijds aanvullend worden beschouwd, is er geen ruimte voor een voorkeursbehandeling voor partijen die voor mediation kiezen.

Bovendien is gratis mediation vanuit het oogpunt van het zelfoplossend vermogen van partijen niet wenselijk. Het grotendeels zelf betalen van de kosten stimuleert immers het verantwoordelijkheidsbesef van partijen om tot een oplossing te komen. Wanneer partijen over de drempel van de mediator heen

in mediations tussen partijen waartussen een groot machtsverschil bestaat de financieel machtiger partij de kosten van de zwakkere partij (gedeeltelijk) op zich neemt: Hulsbergen, interview, Arnhem, 2 maart 2007; D. Allewijn, 'Wie zal dat betalen? Een en ander over de bereidheid van conflictpartijen de kosten van een verwijsmediation te dragen', *Tijdschrift voor Mediation* 2004-3, p. 54.

⁸³ Allewijn, 2004, p. 54 (zie noot 82).

⁸⁴ Allewijn is zelfs van mening dat het raadzaam is als de kosten pas na drie mediation-bijeenkomsten ter sprake gebracht worden. De stimuleringsbijdrage die 2,5 uur mediation vergoed, gaat hem dan ook niet ver genoeg: Allewijn, 2004, p. 56 (zie noot 82).

zijn geholpen en de aanvangsfase van de mediation inzichtelijk heeft gemaakt of een overeenstemming in het verschiet ligt, moeten partijen vanuit het oogpunt van het zelfoplossend vermogen zelf voor de betaling van de overige kosten zorgen.

8.7 Conclusie

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, betreft de wijze waarop de visie op de verhouding tussen mediation en de rechtspraak de noodzaak en de grenzen van overheidsondersteuning van mediation beïnvloedt. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het allereerst noodzakelijk om terug te gaan naar de doelstellingen die de overheid stelde ten aanzien van alternatieve geschiloplossing en in het bijzonder mediation. In de diverse doelen die de overheid voor ogen had, is een accentverschuiving waar te nemen. Het doel om de rechter te ontlasten wordt vandaag de dag minder hoog aangeschreven. Alle nadruk ligt op de kwalitatieve doelstellingen, te weten dejuridisering van de conflictbemiddeling, effectieve geschiloplossing en een pluriforme toegang tot het recht. Naast de moeilijkheid om de vermindering van de werkdruk van de rechter te meten, is de belangrijkste reden voor deze verschuiving een voortschrijdend inzicht dat de hoge werkdruk een gecompliceerd probleem is en beïnvloed wordt door tal van autonome factoren. Het is niet bekend of het stimuleren van mediation hier verandering in kan aanbrengen. Duidelijk is wel dat de kwalitatieve doelstellingen momenteel de meeste aandacht krijgen in het overheidsbeleid inzake mediation.

Wanneer de waarde van mediation voor de overheid niet zozeer te vinden is in wat mediation betekent voor de efficiëntie van de rechtspraak, komt de aandacht te liggen op haar functie binnen het geheel van conflicthantering. Er is meer ruimte om mediation als een op zichzelf staande manier van conflicthantering te zien, die zich onderscheidt van andere methoden. Zowel in beleidsnotities van de overheid als in wetenschappelijke bijdragen vanuit de samenleving is een verandering zichtbaar. Werd er eerst gesproken over rechtspraak als 'ultimum remedium', zag men vervolgens mediation en rechtspraak als alternatieven, op dit moment worden mediation en rechtspraak als complementaire conflicthanteringsmethoden gezien. Wanneer de aanvullende werking het uitgangspunt vormt, wordt beide methoden volledige ruimte geboden en kunnen beide hun eigenheid behouden, zonder dat het risico aanwezig is dat ze zich tegen elkaar afzetten. Dit maakt wederkerige verwijzing tussen mediation en rechtspraak mogelijk.

De nastrevenswaardige kwalitatieve doelstellingen en de waardevolle aanvullende bijdrage van mediation binnen het geheel van conflicthantering, rechtvaardigen echter niet dat mediation zonder meer door de overheid wordt ondersteund. De wederzijds aanvullende werking van mediation en rechtspraak pleit noch voor het tot in detail reguleren van mediation, noch voor het geheel afschuiven van de verantwoordelijkheid op de marktpartijen. Het vraagt om

een overheidsbeleid, waarbij de overheid slechts optreedt waar partijen niet over de mogelijkheid beschikken een bewuste keuze te maken uit de diverse conflicthanteringsmethoden. Omdat elke conflictsituatie nieuwe belemmeringen met zich meebrengt, ook wanneer de onbekendheid met mediation grotendeels verholpen is, blijft het noodzakelijk om als overheid mediation te ondersteunen. Wanneer het overheidsingrijpen het zelfoplossend vermogen van partijen ten goede komt, bevindt de overheid zich op het juiste spoor.

Met betrekking tot de toekomst van mediation betekent dit dat de overheid 'op afstand' toezicht houdt op het functioneren van door de markt opgezette kwaliteitseisen voor mediators om zwakkere partijen bescherming te bieden. De overheid biedt minder draagkrachtigen de mogelijkheid in aanmerking te komen voor een mediationtoevoeging. Tenslotte is het noodzakelijk te zorgen voor een kosteloze aanvang van mediation door partijen een stimuleringsbijdrage uit te keren. Dit stimuleert partijen in hun keuze voor mediation en voorkomt dat partijen extra kosten moeten betalen naast de kosten van een gerechtelijke procedure. Ook geeft de bijdrage partijen de tijd om tot elkaar te komen, inzicht te krijgen in de mogelijkheid van overeenstemming en vervolgens te bepalen of de mediation het investeren waard is.

Voor alles is mijns inziens van belang dat de overheid haar visie op de verhouding tussen mediation en rechtspraak duidelijk formuleert. Tevens is het raadzaam te luisteren naar de opvattingen in de samenleving, het eigen standpunt over de plaats van mediation in het veld van conflicthantering vervolgens kritisch te bezien en zonodig bij te stellen. Dit alles houdt de argumenten om mediation te ondersteunen valide en zorgt ervoor dat de grenzen van de eigen verantwoordelijkheid van partijen niet overschreden worden.

IX Rechtshulp op kosten van de overheid. Een onderzoek naar de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtshulp

Ingrid Ramdjiawan en Bas Scheermeijer

9.1. Inleiding

‘Zal derhalve gelijkheid voor de wet iets meer zijn dan een geprezen beginsel, dan dient voorkomen te worden, dat zij voor velen is een leevenloze letter. (...) Uit een oogpunt van gelijkheid voor de wet heeft de Staat alzoo ook in dit opzicht voor zijn door de fortuin niet begunstigde burgers te zorgen. En niet alleen dan als de bijstand van een Raadsman verplichtend is, behoeft rechtsgeleerde hulp kosteloos beschikbaar gesteld te worden (...) maar in het algemeen daar, waar onvermogen om zich rechtshulp te verschaffen zooveel zoude betekenen als geplaatst zijn buiten de rechtsgemeenschap.’¹

De kloof tussen ‘recht hebben’ en ‘recht krijgen’ is zo oud als het recht zelf. In de laatste eeuw is de opvatting dat deze kloof overbrugd moet worden tot wasdom gekomen. Dit gebeurde aanvankelijk op basis van een morele verplichting voor de advocatuur, maar geleidelijk won de overtuiging terrein dat rechtshulp een overheidsaangelegenheid is. In 1957 kwam de Wet Rechtsbijstand aan On- en Minvermogenenden tot stand (WROM). Het wetsvoorstel ging uit van een bureau waar advocaten in loondienst van de overheid rechtshulp zouden verlenen. Na veel discussie in de Tweede Kamer werd uiteindelijk gekozen voor een stelsel van overheidsondersteuning van private rechtshandhaving, waarbij de rechtzoekende voortaan geholpen zou worden door een gesubsidieerde advocaat. Sinds de invoering van de WROM is het Nederlandse stelsel van gesubsidieerde rechtshulp herhaaldelijk herzien. De meest recente herziening in de periode 2004-2006 bracht ingrijpende wijzigingen met zich mee voor zowel de minder draagkrachtige rechtzoekende als voor de rechtsbijstandverlener.

¹ J.M. Worst, ‘Het vraagstuk der toevoeging van rechtsbijstand; als algemeen vraagstuk voor burgerlijk proces, strafproces, administratief proces’, *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 1907, p. 280.

9.1.1 Onderzoeksvraag

Rond de afgelopen eeuwwisseling is in de aanloop naar de stelselwijziging veel onderzoek gedaan naar de gesubsidieerde rechtshulp.² Een grondige herziening van een wet vereist naast een gedegen voorbereiding ook een evaluatie achteraf. Hoewel de overheid de effecten van de stelselwijziging middels periodieke voortgangsrapportages halfjaarlijks evalueert, is er vooralsnog in de literatuur weinig terug te vinden over de gevolgen van de recente stelselwijziging.³ In dit hoofdstuk stellen wij daarom de onderzoeksvraag: In hoeverre is te beoordelen of de doelstellingen van de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtsbijstand zijn behaald?

Om de laatste stelselwijziging in perspectief te plaatsen volgt hierna eerst een korte schets van de geschiedenis van de gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland (par. 2), gevolgd door een beknopte beschrijving van de totstandkoming van de laatste stelselwijziging en een weergave van haar doelstellingen (par. 3). Daarna zal per doelstelling worden onderzocht of vast te stellen is in hoeverre zij zijn verwezenlijkt (par. 4-6). Hierbij zal het advies van de commissie 'Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand', ook wel de commissie Ouwerkerk genoemd, centraal staan.⁴ In dit advies is een aantal doelstellingen voor de stelselwijziging geformuleerd. Op grond van dit advies heeft de Minister van Justitie in 2003 de stelselwijziging doorgevoerd. Per doelstelling zal aan de hand van een deelvraag beantwoord worden of te signaleren is in hoeverre de doelstelling is behaald. Aan de hand van de antwoorden op de deelvragen zal uiteindelijk de onderzoeksvraag beantwoord worden (par. 7).

De eerste doelstelling van de meest recente stelselwijziging die aan bod zal komen is het verbeteren van de mededinging in de rechtshulp. Voorkomen moest worden dat de Bureaus Rechtshulp een marktvoordeel zouden behalen door middel van publiek gesubsidieerde activiteiten. De eerste deelvraag luidt daarom: In hoeverre is de beoogde verbetering van de mededinging in de rechtshulp te signaleren? De tweede doelstelling houdt in dat door middel van stimuleringen voorkomen moest worden dat het aanbod van rechtshulpverle-

² R.A.L. Rijkschroeff e.a., *Toekomstverkenning gesubsidieerde rechtsbijstand*, Utrecht: Verwey Jonker Instituut 2001; Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002; Rapport werkgroep *Interdepartementaal Beleids-onderzoek Rechtsbijstand*, 2002.

³ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 170; Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 71; Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 158; Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 107; Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 176.

⁴ Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002.

ners zou verminderen, waardoor de continuïteit van het stelsel in gevaar zou komen. De tweede deelvraag luidt daarom: In hoeverre is de beoogde stimulering van het aanbod van rechtshulp te signaleren?.

Als laatste en belangrijkste doelstelling stelde de commissie Ouwerkerk dat de stelselwijziging niet ten koste mocht gaan van de toegankelijkheid van het stelsel. Hierbij hanteerde de commissie Ouwerkerk de grondwettelijke toegang tot de rechter als maatgevend criterium. De minder draagkrachtige rechtzoekende mag niet om fysieke of financiële redenen afzien van rechtshulp en de weg naar het recht moet duidelijk aangegeven zijn. De derde en laatste deelvraag luidt derhalve: In hoeverre is de toegankelijkheid van het stelsel gewaarborgd gebleven?

Na het beantwoorden van deze deelvragen zal in de conclusie de onderzoeksvraag beantwoord worden. We sluiten het hoofdstuk af met een evaluatie en een aantal aanbevelingen.

Aangezien de doelstellingen van de stelselwijziging geformuleerd zijn in het advies van de commissie Ouwerkerk, zal in dit hoofdstuk bij de terminologie van het advies worden aangesloten om verwarring te voorkomen. Wij onderscheiden derhalve *eerstelijns rechtshulp* en *tweedelijns rechtshulp*. Eerstelijns rechtshulp omvat het verstrekken van informatie, vraagverheldering, advies en rechtsbijstand van eenvoudige aard. Tweedelijns rechtshulp bestaat uit rechtsbijstand door middel van een gemachtigde of een toegevoegde advocaat. Ten slotte verstaan wij onder *rechtzoekende* een natuurlijk persoon op zoek naar rechtshulp en onder *minder draagkrachtige rechtzoekende* de rechtzoekende die op grond van onvoldoende financiële draagkracht aanspraak kan maken op gesubsidieerde rechtsbijstand.

Als laatste merken wij op dat in dit hoofdstuk alleen rechtshulp van het Juridisch Loket, de rechtswinkels en de advocatuur ter sprake zal komen. De rechtshulp die andere instanties verlenen, blijft vanwege hun relatief kleine omvang buiten beschouwing. Zo beantwoorden de 275 vestigingen van de Sociaal Raadslieden jaarlijks weliswaar 500.000 vragen, maar slechts 17.500 hiervan zijn juridisch van aard.⁵

9.1.2 Onderzoeksmethode

Voor het onderzoek hebben wij gebruik gemaakt van een combinatie van literatuur, statistieken en ervaringen van rechtshulpverleners, zoals deze blijken uit gesprekken en een door ons gehouden enquête.⁶ Deze ervaringen dienen

⁵ Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002, bijlage 4.

⁶ Met dank aan: mevr. mr. I. R. Dreef (Raad voor Rechtsbijstand Den Haag), mevr. Van Kampenhout - Van Hijum (rechtswinkel Tilburg), mr. J. van den Ende (sociaal advocaat), drs. L.M. Bakker (universitair docent algemene- en rechtseconomie), de onderzoekers van de Raad voor Rechtsbijstand Amsterdam, de Stichting Rechtswinkel Dordrecht, de Stichting De Haagse Wetswinkel en alle rechts- en wetswinkels en de vestigingsmanagers van het Juridisch Loket, die hebben deelgenomen aan het onderzoek.

ter aanvulling van de statistische gegevens. Voor de statistische gegevens over de Bureaus Rechtshulp en het Juridisch Loket hebben wij gebruik gemaakt van de *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand*. Daarnaast hebben wij aan de vestigingsmanagers van het Juridisch Loket, in een enquête vragen voorgelegd met betrekking tot het opleidingsniveau van de medewerkers, mogelijke wachtlijsten en de ervaringen met het doorverwijzen naar de advocatuur en andere instanties. Ook is gevraagd om een mening over de stelselwijziging en mogelijke verbeteringen die nog doorgevoerd kunnen worden. Van de 30 aangeschreven vestigingsmanagers van het Juridisch Loket hebben wij 21 reacties mogen ontvangen.

Aangezien de Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand geen gegevens bevat met betrekking tot de rechtswinkels hebben wij deze zelf verzameld. Hiervoor hebben wij twee wegen bewandeld. In de eerste plaats hebben wij de Raden voor Rechtsbijstand benaderd. De Raden subsidiëren de rechtswinkels en beschikken over jaarcijfers en jaarverslagen. In de tweede plaats hebben wij 80 van de circa 95 rechtswinkels in Nederland aangeschreven en verzocht om de statistische gegevens van de laatste vijf jaren en het meest recente jaarverslag.⁷ Wij hebben de rechtswinkels eveneens een enquête voorgelegd. Van 34 rechtswinkels hebben wij een ingevulde enquête mogen ontvangen. De rechtswinkels hebben vragen beantwoord met betrekking tot de aard van hun dienstverlening, de samenstelling en omvang van hun medewerkersbestand en doorverwijzingen naar de advocatuur en het Juridisch Loket. Ook zijn vragen gesteld met betrekking tot de ervaringen met de overgang van de Bureaus Rechtshulp naar het Juridisch Loket. Tezamen met de gegevens van de Raden voor Rechtsbijstand hebben wij in totaal van 47 rechtswinkels de jaarverslagen en statistische cijfers van de laatste vijf jaren verzameld.⁸ Ten slotte gaven zes rechtswinkels aan wegens tijdgebrek niet binnen de gestelde termijn te kunnen reageren en gaven twee rechtswinkels te kennen niet mee te willen doen aan het onderzoek.

⁷ Wegens het ontbreken van een eenduidige lijst met rechtswinkels in Nederland begon het onderzoek met 74 rechtswinkels en eindigde het onderzoek met 95 rechtswinkels. Vanwege het tijdbestek konden niet alle rechtswinkels, die gedurende het onderzoek gevonden werden, benaderd worden voor het onderzoek.

⁸ Belastingwinkel: Bergers; Justitieel Klachten Bureau: Dordrecht en Rotterdam; Kinderen- en Jongerenrechtswinkel Amsterdam, Gelderland, Leiden en Maastricht; Rechtswinkel Alkmaar, Alphen a/d Rijn, Amsterdam, Bijlmermeer, Baarn, Boxmeer, Capelle a/d IJssel, Cuijk, Dordrecht, Driebergen – Rijzenburg, Groningen, Heerhugowaard, Hilversum, Huizen e.o., Maarssen, Maassluis, Maastricht, Migrant Amsterdam, Mijdrecht, Nieuwegein, Nijmegen-Oost, Leiden, Oosterhout, Renkum, Rotterdam, Schiedam, Steenwijk, Tilburg, Uden, Utrecht, Weesp e.o., Woerden e.o., Zeist, Zoetermeer en Zwijndrecht; Vrouwenrechtswinkel Rotterdam en Nijmegen; Wetswinkel Amsterdam, Best, Den Haag, IJsselstein, Uden en Veenendaal.

9.2 Historische ontwikkeling van de gesubsidieerde rechtshulp in Nederland

Voordat wij ingaan op de doelstellingen van de stelselwijziging, zullen wij eerst de geschiedenis van de gesubsidieerde rechtshulp behandelen om een beeld te schetsen hoe voorheen het stelsel werd ingericht en welke wijzigingen werden aangebracht.

Het recht op gesubsidieerde rechtsbijstand is sinds 1983 gewaarborgd in artikel 18 lid 2 van de Grondwet. De geschiedenis van de gesubsidieerde rechtshulp in Nederland begint echter een eeuw eerder. Schuyt, Groenendijk en Sloot observeerden dat de aandacht voor rechtshulp in golven verloopt.⁹ Zij signaleerden een aantal maatschappelijke voorwaarden voor een nieuwe aandachtsgolf. Zo kunnen perioden van snelle sociale veranderingen of betrekkelijke maatschappelijke voorspoed een nieuwe aandachtsgolf teweeg brengen. Maar ook nieuwe wetten en procedures, die betrekking hebben op de rechtspositie van zwakkere groepen, kunnen aanleiding zijn tot een nieuwe aandachtsgolf.

De invoering van het Wetboek van Strafrecht en de wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering waren dan ook de aanleiding voor de eerste aandachtsgolf voor rechtshulp in Nederland. Deze eerste aandachtsgolf werd gekenmerkt door de oprichting van zelfstandige particuliere rechtshulpinstanties door verenigingen en vakbonden in de periode na 1886. Bemand door advocaten, die hun diensten onbetaald aanboden aan on- en minvermogenden, verleenden deze rechtshulpinstanties initieel voornamelijk rechtshulp op het gebied van strafrecht. Naar aanleiding van de Ongevallenwet van 1901 kwam ook het arbeidsrecht voor het voetlicht.

Hoewel de advocaten van de rechtshulpinstanties hun diensten onbetaald aanboden, betekende dit nog niet dat deze instanties daarom zonder enige vorm van inkomsten hun werk konden doen. Dit dilemma bracht aan het begin van de twintigste eeuw de tweede aandachtsgolf teweeg, waarin de strijd om overheidssubsidies voor de particuliere rechtshulpinstanties centraal stond.

Na de Tweede Wereldoorlog werden diverse tekortkomingen in de rechtshulp gevoeld. Rechtskundige bijstand buiten rechte was voor de onvermogenende burger praktisch onbereikbaar. Zo vond toevoeging in kantonzaken eigenlijk alleen plaats in huur en arbeidsgeschillen van grote omvang. Toevoeging met betrekking tot het bestuursrecht was een zeldzaamheid.¹⁰ De oorzaak voor deze beperkte omvang van de rechtsbijstand werd gezocht in het ontbreken van een vergoeding aan de advocaat en de omslachtigheid van het systeem.¹¹

Het wetsontwerp Donker beoogde al deze punten aan te pakken vanuit het perspectief van rechtshulp als onderdeel van de staatszorg. De rechtsbijstand

⁹ C.J.M. Schuyt, C.A. Groenendijk & B. Sloot, *De weg naar het recht; een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening*, Deventer: Kluwer 1976, p. 6.

¹⁰ Voorlopig verslag, Bijlage *Kamerstukken II* 1955/56, 3266 (MvT).

¹¹ Voorlopig verslag, Bijlage *Kamerstukken II* 1955/56, 3266 (MvT).

aan on- en minvermogenden zou voortaan in volle omvang verleend worden, waarbij de advocaat betaald zou worden voor zijn diensten. Verder beoogde het wetsontwerp het systeem te vereenvoudigen en een op preventie gerichte adviespraktijk te introduceren. Deze doelstellingen werden breed gedragen. De vraag met betrekking tot de wijze waarop deze doelstellingen verwezenlijkt zouden moeten worden, zorgde echter voor een discussie.

Het wetsvoorstel ging uit van bureaus voor rechtsbijstand aan on- en minvermogenden waarin advocaten parttime in overheidsdienst werkzaam zouden zijn. Naast hun werkzaamheden voor het bureau zouden de advocaten hun eigen praktijk moeten voortzetten om voldoende contact te onderhouden met hun confrères. De meerderheid van de vaste commissie van Justitie was van mening dat de belangstelling van de bureauadvocaat voor de rechtzoekende zou verminderen naar mate de tijd verstreek. De positie van de rechtzoekende zou door het voorstel daarom niet verbeteren, maar eerder er op achteruit gaan.¹² Uiteindelijk werd gekozen voor overheidsondersteuning van private handhaving door middel van het subsidiëren van de dienstverlening van zelfstandig gevestigde advocaten.¹³

Bij de invoering van de Wet Rechtsbijstand aan On- en Minvermogenden (WROM), bleek dat ook de doelstellingen van de eenvoudig te bereiken rechtshulp en de op preventie gerichte adviespraktijk de discussie niet overleefd hadden. Deze doelstellingen werden enige jaren later in een vierde aandachtsgolf door studenten nieuw leven ingeblazen. De betrokkenheid van juridische studenten en de ineffectiviteit van de rechtshulp aan on- en minvermogenden als gevolg van de beperkingen die de advocatuur in de praktijk had laten ontstaan, waren belangrijke katalysatoren voor het ontstaan van deze vierde aandachtsgolf. In juni 1970 verscheen het 'zwarte nummer' van het juridische studentenblad *Ars Aequi*: '*De balie: een leemte in de rechtshulp*'.¹⁴ In dit nummer werd door de rechtenstudenten kritiek geuit op de regeling van de kosteloze rechtsbijstand en de beperkte visie van de advocatuur wiens enige bezwaar tegen de bestaande regeling de – in hun ogen – te lage vergoeding leek te zijn. De rechtenstudenten signaleerden een leemte in de rechtshulp. Deze leemte werd veroorzaakt doordat de dienstverlening van de advocatuur onvoldoende was gericht op de problemen van de burger. In reactie op de geconstateerde leemte werden in studentensteden, maar ook elders door vrijwilligers rechtswinkels opgezet. Zij richtten zich op het verlenen van gratis rechtskundig advies en rechtshulp aan minder draagkrachtige rechtzoekenden. In 1975 werden naar schatting al 60.000 mensen geholpen door de rechtswinkels.¹⁵ De oorzaak voor dit aantal moet niet alleen gezocht worden in de grote behoefte aan rechtshulp als gevolg van de nieuwe wetgeving maar ook aan de wijze waarop hulp werd aangeboden: laagdrempelig, gratis, en ook in de

¹² Voorlopig verslag, Bijlage *Kamerstukken II* 1955/56, 3266, nr. 4, p. 2 (MvT).

¹³ Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976, p. 31 (zie noot 9).

¹⁴ Themanummer, '*De balie: een leemte in de rechtshulp*', *Ars Aequi* 1970, p. 225-313.

¹⁵ F.F. Langemeijer, '*Rechtswinkels helpen 60.000 mensen per jaar*', *Intermediair*, 1975-47.

avonduren geopend.¹⁶ Door het grote aantal rechtsvragen vond de structurele rechtshulp op een beperktere schaal plaats dan oorspronkelijk beoogd. Het Landelijk Overleg Rechtswinkels (LOR) probeerde met wisselend succes de verbetering van rechtshulpverlening op de politieke agenda te zetten. Sommige acties hebben daadwerkelijk tot een wetwijziging geleid. Daarnaast zorgden de acties ook voor een verbetering van het functioneren van de gemeentelijke sociale diensten. Uiteindelijk werd de noodzaak tot verbetering van de kosteloze rechtsbijstand erkend door de advocatuur en de overheid.¹⁷

Een ander belangrijk effect van de rechtswinkels was de oprichting van advocatencollectieven door oud-rechtswinkeliers. Dit resulteerde in een grotere toeloop van afgestudeerde juristen naar de advocatuur, maar zorgde initieel ook voor een continuïteitsprobleem bij de rechtswinkels. Ervaren medewerkers vertrokken na hun studie, hetgeen een aderlating van kennis en ervaring veroorzaakte. De veelal innige banden die ontstonden tussen deze nieuwe advocatencollectieven en de rechtswinkels waaruit zij ontsproten, brachten de kennis en ervaring uiteindelijk weer terug in de rechtswinkels.¹⁸

In navolging van de rechtswinkels creëerde ook de aanvankelijk aarzelende advocatuur een soortgelijke voorziening in de vorm van de Bureaus Rechtshulp. Deze bureaus boden laagdrempelige juridische hulp in de vorm van spreekuren op een beperkt aantal rechtsterreinen. Een rechtzoekende die een beroep wilde doen op gesubsidieerde rechtsbijstand, moest een 'bewijs van onvermogen' halen bij het gemeentehuis.

In 1994 werd de Wet op de rechtsbijstand (Wrb) ingevoerd als opvolger van de Wet tot Regeling van de Rechtsbijstand aan On- en Minvermogenenden (WROM).¹⁹ De Wrb had – en heeft – twee belangrijke doelstellingen.²⁰ De eerste doelstelling is het creëren van een aanspraak op van overheidswege gesubsidieerde rechtsbijstand voor hen, die over onvoldoende financiële middelen beschikken om die bijstand zelf (geheel) te bekostigen. De tweede doelstelling is het voorzien in voldoende aanbod van rechtshulpverlening.

Om deze doelstellingen te bereiken werd gekozen voor de figuur van zelfstandige bestuursorganen. In elke hoofdplaats van het ressort van de gerechtshoven werd een Raad voor Rechtsbijstand opgericht.²¹ De vijf Raden bestaan nog steeds en zijn ingevolge artikel 7 lid 2 Wrb belast met het nemen van besluiten op aanvragen om rechtsbijstand en om verlening van een toevoeging. Naast het vaststellen en uitbetalen van vergoedingen aan rechtsbijstandverleners, controleren de Raden ook de kwaliteit van de werkzaamheden van de rechtsbijstandverleners. Bovendien zijn de Raden belast met de vaststelling

¹⁶ Schuyt, Groenendijk & Slood 1976, p. 39 (zie noot 9).

¹⁷ Schuyt, Groenendijk & Slood 1976, p. 40 (zie noot 9).

¹⁸ C.J.M. Schuyt, 'De stagiaire van 1973, verslag van een enquête', *Advocatenblad* 1974, p. 483.

¹⁹ Wet op de Rechtsbijstand, *Stb.* 1993/775.

²⁰ N. Jungmann, *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand*, Amsterdam: Raad voor Rechtsbijstand 2003, p. 1.

²¹ Art. 2, eerste lid, van de Wet op de Rechtsbijstand.

van de draagkracht en vergoeden de Raden de kosten van een rechtzoekende met een grensoverschrijdend geschil. Elke Raad subsidieert binnen zijn ressort één of meer stichtingen rechtsbijstand.²² Ingevolge artikel 18 lid 3 Wrb is aan elk van deze stichtingen een bureau verbonden. De Bureaus Rechtshulp kregen hierdoor een wettelijke grondslag. De Bureaus Rechtshulp boden rechtzoekenden een inloopspreekuur, waarin gedurende een halfuur gratis juridisch advies werd verstrekt.²³ Indien het probleem niet door deze eerstelijns hulp opgelost kon worden, kreeg de rechtzoekende tegen een eigen bijdrage nog drie uur extra rechtsbijstand.²⁴ In het geval dat het probleem te ingewikkeld was voor de drie uur aanvullende rechtshulp of dat er een procedure moest worden gestart, kon de rechtzoekende een beroep doen op gesubsidieerde rechtsbijstand, indien hij in het bezit was van een ‘verklaring omtrent inkomen en vermogen’ (VIV).²⁵

Om voor toevoeging in aanmerking te komen, diende de advocaat namens de rechtzoekende een schriftelijk verzoek in bij de Raad voor Rechtsbijstand.²⁶ Aan de hand van deze gegevens beoordeelde de Raad vervolgens of de rechtzoekende op grond van zijn financiële draagkracht in aanmerking kwam voor de gesubsidieerde rechtsbijstand en of de zaak van voldoende gewicht was om bijstand door een advocaat te rechtvaardigen. Indien dit het geval was bepaalde de Raad vervolgens hoe hoog de inkomensafhankelijke eigen bijdrage was en of de advocaat voldeed aan de kwaliteitseisen voor deelname aan het stelsel. De advocaat declareerde aan het einde van de procedure de gemaakte kosten bij de Raad, die vervolgens de vergoeding vaststelde en uitbetaalde.²⁷

9.3 De stelselwijziging

De aanleiding voor de stelselwijziging waren de spanningen die midden jaren '90 ontstonden tussen de diverse Bureaus Rechtshulp. Vanwege de stijgende vraag naar het verlenen van rechtsbijstand in procedures, verleende een deel van de Bureaus Rechtshulp soms tweedelijns rechtshulp op basis van toevoegingen. Andere bureaus onderhielden een betalende praktijk voor cliënten die buiten het bereik van de Wrb vielen. Deze betalende praktijk was echter in strijd met de Wet op de Rechtsbijstand, omdat een met publieke gelden gesubsidieerde organisatie op de commerciële markt diensten aanbood. Door de betalende praktijk van sommige bureaus, verslechterden de verhoudingen tussen de bureaus en de Raden dusdanig dat uiteindelijk zelfs externe hulp inge-

²² Art. 2, vierde lid, van de Wet op de Rechtsbijstand.

²³ Art. 19, eerste lid, onder a, van de Wet op de Rechtsbijstand.

²⁴ Art. 19, eerste lid, onder b, van de Wet op de Rechtsbijstand.

²⁵ Het ‘bewijs van onvermogen’ werd later de ‘verklaring omtrent inkomen en vermogen’.

²⁶ Art. 24, tweede lid, van de Wet op de Rechtsbijstand.

²⁷ P.J.M. van den Biggelaar, ‘De toekomst van gesubsidieerde rechtsbijstand in Nederland’, in M.S. Houwerzijl (red.), *De toekomst van de gesubsidieerde rechtshulp*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 76.

schakeld moest worden.²⁸ Het Verweij-Jonker Instituut kreeg de opdracht om toekomstscenario's te ontwikkelen en op basis daarvan te adviseren over de toekomstige ontwikkeling van de sector.²⁹

Het lukte de sector niet om op basis van het rapport van het Verweij-Jonker Instituut een gezamenlijke visie te ontwikkelen. De toenmalige Staatssecretaris van Justitie was van mening dat een nadere uitwerking vanuit het perspectief van de rechtzoekende nodig was om een definitief standpunt in te kunnen nemen. Hiertoe benoemde zij de commissie Ouwerkerk 'Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand' onder voorzitterschap van Ouwerkerk.³⁰ Het advies van de commissie Ouwerkerk bevatte een drietal doelstellingen voor de stelselwijziging.³¹ Als belangrijkste doelstelling stelde de commissie Ouwerkerk dat de stelselwijziging niet ten koste mocht gaan van de *toegankelijkheid* van het stelsel. Als voorbeeld hiervan stelde de commissie Ouwerkerk dat de rechtzoekende niet om fysieke of financiële redenen mag afzien van rechtshulp. De tweede doelstelling betrof de *continuïteit* van het stelsel. Voorkomen moest worden dat de continuïteit van het stelsel in gevaar zou komen als gevolg van vermindering in het aanbod van rechtshulpverleners. De derde en laatste doelstelling was *de verbetering van de mededinging in de rechtshulp*. Voorkomen moest worden dat de Bureaus Rechtshulp een marktvoordeel zouden behalen door middel van publiek gesubsidieerde activiteiten.

Ter verwezenlijking van deze doelstellingen kwam de commissie Ouwerkerk met een advies waarbij het voorbehoud gemaakt werd dat er wel een experiment moest komen.³² De hoofdlijn van het advies was een strikte, duidelijke scheiding tussen de publieke en private taken van de Bureaus Rechtshulp. Hierbij zou de publieke taak beperkt worden tot informatieverschaffing, vraagverheldering en eventueel doorverwijzing. Het verlengd spreekuur van drie uur zou worden afgeschaft en daarvoor in de plaats zou de spreekuurvoorziening van een half uur verruimd worden naar maximaal één uur. Het wegvallen van het verlengd spreekuur en daarmee de tweedelijns rechtshulp, zou moeten worden opgevangen door de private sector (advocatuur), eventueel via een vereenvoudigde vorm van toevoeging. Door de strikte scheiding van publieke en private taken zou er geen marktvoordeel meer behaald kunnen worden met publieke gesubsidieerde activiteiten.

Om de toegankelijkheid van het stelsel te waarborgen en niet-gebruik van het stelsel terug te dringen, zou er voorlichting gegeven moeten worden om de

²⁸ N.J.H. Huls, 'Het bureau voor rechtshulp, killed by 'friendly fire'', in M.S. Houwerzijl (red.), *De toekomst van de gesubsidieerde rechtshulp*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 12-13.

²⁹ R.A.L. Rijkschroeff e.a. 2001 (zie noot 2).

³⁰ Vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2002, *Kamerstukken II* 2001/02, nr. 63, p. 1 (Brief).

³¹ Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002, hoofdstuk 1, par. 2.

³² Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002, hoofdstuk 3.

bekendheid van het nieuwe stelsel te vergroten. Verder zouden prijsprikkels onnodig gebruik tegen moeten gaan en tevens het aanbod aan de zijde van de sociale advocatuur veiligstellen. De continuïteit van het stelsel kon gewaarborgd worden door opleidingsfaciliteiten, uitwisseling van personeel, door-groeimogelijkheden en ondersteuning met ICT. Bij brief van 10 april 2002 liet de staatssecretaris aan de Tweede Kamer weten dat zij het advies van de commissie Ouwerkerk consistent en helder vond.³³ Zij gaf hierbij aan dat het advies van de commissie Ouwerkerk nog in detail moest worden uitgewerkt, waarbij ook de financiële en organisatorische gevolgen in kaart moesten worden gebracht. Bij brief van 16 december 2002 zette de minister de nadere uitwerking van de voorgenomen stelselwijziging uiteen.³⁴ In essentie kwam het neer op het ongewijzigd invoeren van het advies van de commissie Ouwerkerk. Verder informeerde de minister de Tweede Kamer per brief over de verhoogde eigen bijdrage en verhoging van de griffierechten met 15%.³⁵ De combinatie van beide brieven aan de Tweede Kamer zorgde voor veel bezwaren tegen de dekkingsmaatregelen voor de tariefsverhoging en daardoor tegen de gehele stelselwijziging.

De eerste serieuze kritiek op de voorgenomen stelselwijziging kwam uit de hoek van de rechtshulppraktijk. Vanaf april 2002 werd door het ministerie en de Raden voor Rechtsbijstand de indruk gewekt dat niets de invoering van de stelselwijziging nog in de weg stond. De acceptatie van de stelselwijziging door de Tweede Kamer leek slechts nog een formaliteit.³⁶ Als reactie hierop werd op 13 februari 2003 een landelijke actie georganiseerd onder het motto: 'Stop de afbraak van de sociale rechtshulp'.³⁷

Kort daarop vond aan de Universiteit van Tilburg een symposium plaats met als titel 'De toekomst van de gesubsidieerde rechtshulp'. Door diverse deelnemers werd kritiek geuit op de voorgenomen stelselwijziging. Enerzijds betrof de kritiek de totstandkoming van het wetsvoorstel en het korte tijdbestek van de veranderingen, anderzijds was er ook inhoudelijke kritiek. Zo betoogde het comité 'Recht voor iedereen' namelijk, dat de 30 nieuw op te zetten vestigingen van het Juridisch Loket tezamen, inclusief de overkoepelende organisatie, meer zouden gaan kosten dan alle 52 Bureaus Rechtshulp bij elkaar. In het duurdere Juridisch Loket zouden MBO'ers en HBO'ers, in een korter tijd-

³³ Vaststelling van de begroting van de uitgaven en de ontvangsten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2002, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 000, nr. 63, p. 2 (Brief).

³⁴ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600, nr. 119, p. 8-9 (Brief).

³⁵ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 103; zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28 740, nr. 3 (Verslag).

³⁶ T. Weterings, 'Stelselwijziging gesubsidieerde rechtsbijstand: het Paard van Troje', in M.S. Houwerzijl (red.), *De toekomst van de gesubsidieerde rechtshulp*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 114.

³⁷ <www.sp.nl/nieuwsberichten/1384/030210-grote_actie_tegen_afbraak_sociale_rechtshulp.html>.

bestek dan de gespecialiseerde juristen van de Bureaus Rechtshulp, rechtzoekenden van advies moeten voorzien én de latente vraag moeten activeren.³⁸

Deze acties vanuit de rechtshulppraktijk resulteerden in een kritischere houding van de Tweede Kamer ten opzichte van het onderwerp. Op 8 oktober 2003 volgde een debat naar aanleiding van een algemeen overleg over de stelselwijziging.³⁹ Voor de fracties van de PvdA, VVD, D66 en de SP was vooral de betaalbaarheid van het stelsel een heet hangijzer. Zij wezen erop dat de plannen voor verhoging van de eigen bijdrage voor toevoeging gemaakt waren in economisch goede tijden. De kans dat de koopkracht van de groep, die gebruik maakt van de rechtshulp in de toekomst afneemt, werd aannemelijk geacht. De leden van de GroenLinks-fractie stelden dat het Nederlandse systeem van gesubsidieerde rechtsbijstand elders in Europa wordt beschouwd als een goed systeem met een kwalitatief hoog niveau van rechtsbijstand, toegankelijk voor de minder draagkrachtigen die in de commerciële advocatuur niet tot hun recht kunnen komen én tegen beheersbare kosten. Met dit systeem werd naar hun mening ten volle recht gedaan aan de in de Grondwet neergelegde overheidsverplichting om iedereen in staat te stellen zijn of haar recht te halen. De fractieleden stelden de vraag of dit principe nog wel gewaarborgd is in de nieuwe situatie. Ook de leden van de SP-fractie waren bang dat er opnieuw een leemte in de rechtshulp zou ontstaan, doordat de burger zou afhaken vanwege de veel hogere kosten. Tenslotte was de Tweede Kamer niet overtuigd dat de advocatuur voor voldoende aanbod zou zorgen.

Ondanks de kritieken stemde de Tweede Kamer op 18 november 2003 in met de plannen van de Minister van Justitie voor een herinrichting van het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand. De officiële opening van het eerste Juridisch Loket vond plaats op 18 juni 2004 in Breda. Het duurde ongeveer twee jaar voordat ook de dertigste en laatste vestiging van het Loket werd geopend. Daarmee was de overgang van de Bureaus Rechtshulp naar het Juridisch Loket gerealiseerd. Dit betekende nog niet dat de stelselwijziging formeel was afgerond. De wettelijke grondslagen van de nieuwe bevoegdheden en verantwoordelijkheden alsmede de wettelijke grondslagen voor de nieuwe toevoegingvormen ontbreken nog in de huidige wetgeving.⁴⁰

9.4 De verbetering van de mededinging in de rechtshulp

Om een antwoord te formuleren op de onderzoeksvraag zullen wij in de komende drie paragrafen aan de hand van deelvragen beoordelen in hoeverre te

³⁸ Weterings 2003, p. 115 e.v. (zie noot 36).

³⁹ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 103.

⁴⁰ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 2 (NV).

signaleren is of de doelstellingen van de stelselwijziging behaald zijn. Wij beginnen met de doelstelling van het verbeteren van de mededinging in de rechtshulp.

In de loop der tijd was bij het merendeel van de Bureaus Rechtshulp de behoefte ontstaan om rechtsbijstand in procedures te verlenen. In sommige gevallen werd zelfs rechtsbijstand verleend aan de draagkrachtige rechtzoekende, die net buiten het stelsel van de *gesubsidieerde* rechtsbijstand viel.⁴¹ Deze combinatie van publieke taken met commerciële activiteiten werd door de commissie Ouwerkerk als onwenselijk bestempeld, omdat zij oneerlijke elementen in de concurrentieverhoudingen binnen de rechtshulp zou introduceren. De commissie Ouwerkerk adviseerde een duidelijke scheiding aan te brengen tussen publieke en private taken teneinde de mededinging in de rechtshulp te verbeteren. In deze par. onderzoeken wij of deze doelstelling behaald is aan de hand van de vraag ‘In hoeverre is de beoogde verbetering van de mededinging in de rechtshulp te signaleren?’.

De commissie Ouwerkerk adviseerde dat de taakstelling van de Bureaus Rechtshulp beperkt moest worden tot wat de commissie de publieke taak noemde: de uitvoering van het loket en het spreekuur, die verruimd moest worden naar een uur. De tweedelijns rechtshulp, die het Bureau Rechtshulp verleent in het kader van het verlengd spreekuur, werd als private taak bestempeld en moest derhalve worden afgeschaft en vervangen worden door toevoegingen.

Conform het advies van de commissie Ouwerkerk heeft de minister de voorgestelde wijzigingen doorgevoerd. Het Juridisch Loket is in de plaats gekomen van het Bureau Rechtshulp en functioneert als een zuivere eerstelijnsvoorziening. Het verlengd spreekuur, dat conform het advies van de commissie Ouwerkerk in de stelselwijziging is afgeschaft, is vervangen door de zogenaamde *lichte adviestoevoeging*. Deze toevoeging is mogelijk naast de reguliere toevoeging en bedoeld voor zaken, waarin de rechtsbijstand niet langer dan drie uur duurt.

De minder draagkrachtige rechtzoekende komt alleen in aanmerking voor de lichte adviestoevoeging, indien het probleem niet binnen het gestelde uur bij het Juridisch Loket kan worden opgelost en het financieel belang minimaal € 90 bedraagt. Voor de reguliere toevoeging moet het financieel belang minimaal € 180 bedragen. Verder geldt er voor de lichte adviestoevoeging een vaste eigen bijdrage, die aanzienlijk lager is dan de eigen bijdrage in het kader van de reguliere toevoeging. Ten slotte verschillen beide toevoegingsvormen in het moment waarop de Raad voor Rechtsbijstand toetst of de rechtzoekende op grond van zijn financiële draagkracht in aanmerking komt voor gesubsidieerde rechtsbijstand.⁴² In het geval van een reguliere toevoeging toetst de Raad voor Rechtsbijstand *vooraf* of de rechtzoekende in aanmerking komt

⁴¹ Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002, p. 6.

⁴² <<http://www.justitie.nl/onderwerpen/recht%5Fen%5Frechtsbijstand/gesubsidieerde%2FDrechtsbijstand/>>

voor gesubsidieerde rechtsbijstand. In het geval van een lichte adviestoevoeging vindt de toetsing aan de inkomensnormen daarentegen *achteraf* plaats. Dit bevordert de snelheid, maar draagt de risico in zich dat de rechtsbijstandverlener geen vergoeding krijgt, indien de aanvraag voor een lichte adviestoevoeging wordt afgewezen. Een respondent van het Juridisch Loket signaleert dat sommige rechtsbijstandverleners daarom een voorschot verlangen voor het verlenen van een lichte adviestoevoeging.

Naast de invoering van de lichte adviestoevoeging is de toepassing van de reguliere toevoeging verruimd. Zo is het sinds 1 april 2005 ook mogelijk een toevoeging te krijgen voor mediation.⁴³ Voor meer informatie hierover verwijzen wij naar het hoofdstuk 'De verhouding tussen mediation en rechtspraak: grondslag en grens van overheidsbeleid inzake mediation'.

Nu de overgang van het Bureau Rechtshulp naar het Juridisch Loket is voltooid, rijst de vraag of de beoogde verbetering van de mededinging in de rechtshulp te signaleren is. Het antwoord hierop is niet eenvoudig te geven. Zo heeft de term mededinging bijvoorbeeld geen eenduidige betekenis.⁴⁴ Doorgaans doelt men met het begrip mededinging op het theoretische model van de 'volledig vrije mededinging'. In deze ideale situatie zijn de aanbieders symmetrisch en is er in de markt geen sprake van toetredingsbelemmeringen. Daarnaast bestaat de markt uit een groot aantal aanbieders waaruit de consument kan kiezen en is de markt volledig transparant met betrekking tot de kosten en de geleverde kwaliteit.⁴⁵ Aan de hand van dit theoretische model wordt de term mededinging gebruikt als een referentiekader. Verbetering van de mededinging betekent in deze context het dichter benaderen van het theoretische model van de 'volledig vrije mededinging'.

Past men dit model toe op de rechtshulp dan blijkt vooral een gebrek aan transparantie de marktwerking te belemmeren. Tussen de rechtzoekende en de rechtsbijstandverlener is er sprake van een informatieasymmetrie.⁴⁶ De rechtzoekende is niet goed in staat om de geboden kwaliteit en de prijs-kwaliteitverhouding te beoordelen. Het rationele doelkeuzeproces dat normaliter aan economische beslissingen ten grondslag ligt, wordt door deze informatieasymmetrie belemmerd.

Om te beoordelen of er sprake is van verbetering van de mededinging, zijn drie concurrentiefactoren van belang, te weten concurrentie met betrekking tot de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit.⁴⁷ Deze drie concurrentiefactoren kunnen zowel vanuit de vraagkant als vanuit de aanbodkant belicht worden. Wij

⁴³ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 5 (NV).

⁴⁴ Centraal Planbureau, *Economische Verkenning 2003-2006*, Den Haag: SDU uitgevers 2001, p. 144.

⁴⁵ J.M. Barendrecht en Y.P. Kamminga, *Toegang tot recht: de lasten van een uitweg*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 14.

⁴⁶ Rapport Commissie Advocatuur, *Een maatschappelijke orde*, 2006, p. 31.

⁴⁷ Rapport Commissie Advocatuur, *Een maatschappelijke orde*, 2006, p. 25.

zullen ons beperken tot een belichting vanuit de vraagkant aangezien de commissie Ouwerkerk haar advies vanuit het perspectief van de rechtzoekende heeft opgesteld.⁴⁸

Over de concurrentie met betrekking tot de prijs kunnen wij zeer kort zijn. Doordat de prijs voor een toevoeging door de overheid werd vastgesteld, was het niet mogelijk de prijs hiervan door middel van concurrentie te beïnvloeden. Van prijsconcurrentie was derhalve geen sprake. De stelselwijziging heeft hierin geen verandering gebracht. Weliswaar is er een nieuwe vorm van toevoeging geïntroduceerd, maar de prijs van beide vormen van toevoeging wordt nog steeds door de overheid bepaald. Van enige concurrentie op grond van de prijs van de rechtsbijstand is derhalve nog steeds geen sprake.

Naast prijsconcurrentie is zoals gezegd ook concurrentie op grond van de hoeveelheid van invloed op de mededinging. De hoeveelheid kan in dit opzicht worden opgevat als de beschikbare tijd. Net als bij de prijs voor gesubsidieerde rechtsbijstand werd ook de beschikbare tijd voor de rechtsbijstand van overheidswege vastgesteld. Indien het mogelijk zou zijn om hiervan af te wijken, zou er concurrentie met betrekking tot de aangeboden tijd kunnen ontstaan. Ook op dit punt heeft de stelselwijziging echter geen verandering te weeg gebracht. Van concurrentie op grond van de hoeveelheid is derhalve nog steeds geen sprake.

Ten slotte is ook kwaliteitsconcurrentie van invloed op de mededinging. Voorwaarde is dan wel dat de kwaliteit voor de rechtzoekende transparant en toetsbaar moet zijn. In dat geval zal kwaliteitsconcurrentie leiden tot verbetering van de toegang tot het recht.⁴⁹ Voor het beoordelen van de invloed van de stelselwijziging op de kwaliteitsconcurrentie onderscheiden wij drie vormen van kwaliteitsconcurrentie. Allereerst kan gedacht worden aan concurrentie tussen de vestigingen van het Bureau Rechtshulp, nu het Juridisch Loket, onderling. Daarnaast kan gedacht worden aan concurrentie tussen rechtsbijstandverleners onderling. Als laatste kan gedacht worden aan concurrentie tussen het Bureau Rechtshulp, nu het Juridisch Loket, en de rechtsbijstandverleners.

Onderlinge concurrentie tussen de vestigingen van het Bureau Rechtshulp had zich kunnen uiten in een betere dienstverlening van de ene vestiging ten opzichte van de andere vestiging. Hoewel differentiatie van de dienstverlening tussen de verschillende vestigingen van het Bureau Rechtshulp daadwerkelijk plaatsvond, lag hieraan geen onderlinge concurrentie maar beleidskeuzes ten grondslag. Deze differentiatie van de dienstverlening van de ene vestiging ten opzichte van de andere vestiging was één van de redenen voor de stelselwijziging. Als onderdeel van de stelselwijziging zijn de min of meer op zichzelf opererende Bureaus Rechtshulp vervangen door het Juridisch Loket met een landelijk uniforme structuur. De landelijke uniforme structuur wordt nagestreefd door middel van het standaardiseren van het aanbod van diensten en

⁴⁸ Advies commissie *Toekomstige inrichting stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand*, 2002, p. 2.

⁴⁹ Rapport Commissie Advocatuur, *Een maatschappelijke orde*, 2006, p. 53.

het naleven van opgestelde protocollen en het productenhandboek.⁵⁰ Van enige concurrentie tussen de vestigingen van het Juridisch Loket onderling kan derhalve geen sprake meer zijn. Aangezien concurrentie op grond van dienstverlening vóór de stelselwijziging in beginsel nog mogelijk was, concluderen wij dat op het vlak van de kwaliteitsconcurrentie de mededinging is vermindert.

Dit geldt tevens voor de concurrentie op dienstverlening tussen de rechtsbijstandverleners onderling. Voor de stelselwijziging was het voor rechtsbijstandverleners mogelijk te concurreren op grond van de kwaliteit van hun dienstverlening. Een rechtsbijstandverlener kon bijvoorbeeld een goede naam voor zichzelf opbouwen door middel van een betere dienstverlening dan zijn collegae. Inmiddels heeft de NOvA door middel van een auditverklaring een kwaliteitsstandaard geïntroduceerd.⁵¹ De auditverklaring zal in de volgende par. uitgebreid aan bod komen.

Op deze plaats volstaan wij met de observatie dat de auditverklaring initieel een mogelijkheid was voor een rechtsbijstandverlener om zich van andere rechtsbijstandverleners te onderscheiden. Hiermee werd de informatiesymmetrie verminderd en werd de deur opengezet naar gezonde concurrentie. Inmiddels is de auditverklaring echter verplicht gesteld voor het verlenen van een (lichte advies)toevoeging. Het onderscheidende vermogen van de auditverklaring binnen de gesubsidieerde rechtsbijstand is hierdoor teniet gedaan. Hoewel concurrentie op grond van de kwaliteit van de dienstverlening in beginsel nog steeds mogelijk is, menen wij dat het verschil in de kwaliteit voor de rechtzoekende moeilijk vast te stellen zal zijn.

Als laatste komt de mogelijkheid van concurrentie op de kwaliteit van de dienstverlening tussen het Bureau Rechtshulp en de rechtsbijstandverleners aan bod. Voor de stelselwijziging bood het Bureau Rechtshulp tweedelijns rechtshulp aan in de vorm van het verlengd spreekuur en soms in de vorm van een toevoeging. Omdat de kwaliteit van de dienstverlening niet vaststond, was concurrentie op het gebied van de kwaliteit van de dienstverlening tussen het Bureau Rechtshulp en de rechtsbijstandverleners een mogelijkheid. Als gevolg van de stelselwijziging is echter zowel het verlengd spreekuur als de toevoeging overgeheveld naar de rechtsbijstandverleners, waardoor het Juridisch Loket deze zaken niet meer behandelt. Doordat de (lichte advies)toevoeging nu alleen door de rechtsbijstandverleners wordt gedaan, kan er geen sprake zijn van concurrentie tussen het Juridisch Loket en de rechtsbijstandverleners op grond van de kwaliteit van de dienstverlening.

Voor de stelselwijziging was er sprake van een beperkte vorm van mededinging in de gesubsidieerde rechtshulpverlening. Uit het bovenstaande is gebleken dat er momenteel helemaal geen mededinging meer is. In antwoord op de deelvraag die in deze par. centraal staat: 'In hoeverre is de beoogde verbetering van de mededinging in de rechtshulp te signaleren?', concluderen wij daarom dat de beoogde verbetering van de mededinging niet te signaleren is.

⁵⁰ Jaarplan 2007 Juridisch Loket, p. 8.

⁵¹ <www.advocatenorde.nl>

Hierbij maken wij de kanttekening dat wij de veranderingen in de mededinging alleen vanuit het perspectief van de rechtzoekende behandeld hebben. Wij sluiten niet uit dat de mededinging vanuit het perspectief van de rechtshulpverlener is verbeterd. Overigens merken wij op dat het onderscheid tussen de publieke en private taken, zoals deze door de commissie Ouwerkerk geformuleerd zijn, niet scherp is. Wij zijn van mening dat beide vormen van toevoeging te beschouwen zijn als een publiek instrument. Ook al wordt de uitvoering van de toevoeging in handen gelegd van private rechtshulpverleners, de financiering ervan is nog steeds van de overheid afkomstig.

9.5 De stimulering van het aanbod van rechtshulpverleners

Naast de scheiding van publieke en private taken moest volgens de commissie Ouwerkerk ook de continuïteit van het stelsel gewaarborgd blijven. In deze par. staat daarom de vraag centraal: 'In hoeverre is de beoogde stimulering van het aanbod van rechtshulp te signaleren?'. De commissie Ouwerkerk was naar aanleiding van het rapport 'Toekomstverkenning gesubsidieerde rechtsbijstand' van het Verwey-Jonker Instituut met name bezorgd dat er op termijn onvoldoende rechtsbijstandverleners beschikbaar zouden zijn voor toevoegingen.⁵² Dit rapport concludeerde dat er geen indicaties waren dat het toenmalige aanbod tekortschoot. Het uittreden van ervaren advocaten en het beperkt toetreden van jonge advocaten tot de sociale advocatuur was geen directe reden tot zorg. Wel dreigde het gevaar dat er op termijn onvoldoende rechtsbijstandverleners beschikbaar zouden zijn. Hierbij wees het rapport op het spanningsveld dat gecreëerd werd, doordat steeds minder actieve rechtsbijstandverleners steeds meer toevoegingen moesten verzorgen.

Het rapport van het Verwey-Jonker Instituut onderzocht ook de redenen waarom (jonge) advocaten deelname aan het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand minder aantrekkelijk vonden. Uit het onderzoek bleek dat met name de administratieve werkzaamheden rondom de toevoeging tot ergernis leidden, de kloof tussen de tarieven in de sociale en commerciële advocatuur als te groot ervaren werd en de sociale rechtshulp een negatief imago had.⁵³ De wetgever heeft deze kritieken ter harte genomen. Toen het rapport van het Verwey-Jonker Instituut uit kwam, waren al maatregelen voor vermindering van de administratieve werkzaamheden in de maak.

Begin 1997 was een begin gemaakt met het zoeken naar een alternatief voor de 'verklaring omtrent inkomen en vermogen' (VIV).⁵⁴ Deze verklaring werd verstrekt door de gemeente waarin een minder draagkrachtige rechtzoekende woonde en gaf toegang tot de gesubsidieerde rechtsbijstand. Het alternatief kreeg de naam *VIValt* mee en was bedoeld om de controle- en verificatietaken

⁵² Rijkschroeff e.a. 2001 (zie noot 2).

⁵³ Rijkschroeff e.a. 2001, p. 243 (zie noot 2).

⁵⁴ Financiële verantwoording van het Ministerie van Justitie (VI) over het jaar 1997, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 025, nr. 7, p. 24.

van de gemeenten over te hevelen naar de Raden voor Rechtsbijstand. Tegelijkertijd zou het draagkrachtbegrip voor de gesubsidieerde rechtsbijstand vervangen worden door het belastbaar inkomen. Met de invoering van de gewijzigde Wet op de Rechtsbijstand op 1 april 2006 werd de VIValt ingevoerd.⁵⁵ De wijziging maakt het mogelijk dat de Raden voor Rechtsbijstand de financiële gegevens van de aanvrager en de eventuele partner elektronisch kunnen opvragen bij de belastingdienst. Dit vermindert de administratieve lasten voor de advocatuur. Bijkomend voordeel is dat de aanvraagprocedure voor de rechtzoekende een stuk eenvoudiger en sneller geworden is.

Hoewel de VIValt de administratieve werkzaamheden voor de sociale advocatuur verminderde, zorgde een andere ontwikkeling voor nieuwe administratieve werkzaamheden. Naar aanleiding van het rapport 'Recht op kwaliteit' dat de werkgroep Kwaliteit in 1999 presenteerde, sloten de Staatssecretaris van Justitie, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Raden voor Rechtsbijstand een convenant, waarin een afsprakenkader was neergelegd om tot de invoering van een samenhangend systeem van kwaliteitszorg in de gesubsidieerde rechtsbijstand te komen. De advocaten, die een zelftoets invulden en deze toets vervolgens door onafhankelijke auditors lieten controleren, kregen vanaf 1 januari 2002 een kwaliteitstoelag.⁵⁶ Sinds 2004 verstrekt een onafhankelijke auditor⁵⁷ op aanvraag een auditverklaring⁵⁸ voor maximaal zes maanden aan een advocaat (of kantoor) indien deze overeenkomstig de kwaliteitscriteria werkt.⁵⁹ Indien binnen zes maanden een heraudit wordt aangevraagd, kan de auditverklaring na een gunstig resultaat verlengd worden tot drie jaar.⁶⁰ Een auditverklaring is niet overdraagbaar.⁶¹ Een advocaat die werkzaam is op een advocatenkantoor met een auditverklaring voldoet aan de voorwaarden voor het verlenen van toevoegingen. Gaat de advocaat echter bij het kantoor weg, bijvoorbeeld om voor zichzelf te beginnen, dan heeft deze een nieuwe auditverklaring nodig.

De auditverklaring werd vanaf 1 januari 2004 verplicht om bij de Raad voor Rechtsbijstand als toevoegingsadvocaat ingeschreven te kunnen worden. Met

⁵⁵ *Stb.* 2006/6 en *Stb.* 2006/160.

⁵⁶ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 5, p. 110.

⁵⁷ De Raden voor Rechtsbijstand definiëren de auditor als een rechtsbijstandverlener die de door de NOvA aangeboden auditortraining volledig heeft gevolgd en die is toegelaten tot het auditorbestand van de NOvA.

⁵⁸ De Raden voor Rechtsbijstand definiëren de auditverklaring als de verklaring inzake de audit die is afgegeven door een auditor die aan de auditortraining van de NOvA heeft deelgenomen. Deze verklaring wordt opgesteld volgens een daartoe vastgesteld model. Deze verklaring heeft betrekking op de eigen praktijkvoering van de rechtsbijstandverlener dan wel op de uniforme praktijkvoering van het kantoor waaraan de rechtsbijstandverlener voor wat betreft zijn praktijkvoering is verbonden.

⁵⁹ L. Combrink-Kuiters & N. Jungmann, *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2004*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 84.

⁶⁰ Nederlandse Orde van Advocaten, *Kwaliteitsstandaard op de kantoororganisatie*, 2007, p. 5-6.

⁶¹ Jaarplan en begroting 2007 Raad voor Rechtsbijstand Amsterdam, p. 53.

de invoering van de verplichte auditverklaring werd de kwaliteitstoelage de facto een integraal onderdeel van de uurvergoeding.

Inmiddels had de wetgever niet stil gezeten met betrekking tot de door het rapport van het Verwey-Jonker Instituut gesignaleerde grieven over de kloof tussen de tarieven in de sociale en de commerciële advocatuur. Deze kloof werd als te groot ervaren, waardoor de (commerciële) advocatuur geen mogelijkheden meer zag om voldoende omzet te halen uit een sociale praktijkstrategie. In opdracht van het Ministerie van Financiën werd in 2002 een Interdepartementaal Beleidsonderzoek Rechtsbijstand (IBO) uitgevoerd. In dit onderzoek werd onder andere aandacht besteed aan de gewenste hoogte van de vergoeding voor de gesubsidieerde rechtsbijstand in combinatie met een kwaliteitsverbetering en de effecten van tariefsdifferentiatie voor vraag, aanbod en kwaliteit van de rechtsbijstand.⁶² In haar eindrapport concludeert het IBO dat het gewenste uurtarief – mede gezien de marktprijzen, de ontwikkelingen met betrekking tot het aanbod van sociaal advocaten en enkele beroepsspecifieke omstandigheden – tussen de € 95 en € 100 per uur zou moeten bedragen.⁶³ Dit advies heeft gezorgd voor een verhoging van 20% van de toen geldende uurvergoeding van circa € 83. Inmiddels is de uurvergoeding conform het advies van het IBO gestegen tot € 100.

Om de aanwas van nieuwe rechtsbijstandverleners te waarborgen, hebben de Raden voor Rechtsbijstand en de NOvA verschillende maatregelen genomen.⁶⁴ Zo hebben zij samen met de Universiteit van Tilburg een duale masteropleiding sociaal recht opgezet en is aan de Universiteit van Amsterdam een leerstoel Sociale Rechtshulp ingesteld.⁶⁵ Daarnaast is voor (rechten)studenten de website www.ikwiladvocaatworden.nl opgezet en verstrekt sommige Raden subsidies aan advocatenkantoren voor het aannemen van advocaatstagiaires of het aanbieden van stageplaatsen aan studenten.⁶⁶

Ten slotte stimuleren de Raden voor Rechtsbijstand de aanwas van nieuwe rechtsbijstandverleners door middel van het verstrekken van subsidies aan rechtswinkels. De rechtswinkels worden door de Raden beschouwd als een

⁶² Interdepartementaal Beleidsonderzoek Rechtsbijstand, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 372, nr. 1, p. 1 (Brief).

⁶³ Rapport werkgroep *Interdepartementaal Beleidsonderzoek Rechtsbijstand*, 2002, p. 18; A.G.J. van der Torre m.m.v. E.J. Pommer, *Advocaat met korting, een analyse van de prijsgevoeligheid van de rechtsbijstand*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2005, p. 17.

⁶⁴ Vaststelling van de begrotingstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 170, p. 6 (Brief).

⁶⁵ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 3 (NV).

⁶⁶ Raad voor Rechtsbijstand Amsterdam 2006, p. 21; Vaststelling van de begrotingstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 170, p. 6 (Brief); Vaststelling van de begrotingstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 158, p. 6 (Brief).

kweekvijver voor toekomstige sociale advocaten, omdat een groot deel van de vrijwilligers die in de rechtswinkels werkzaam zijn de ambitie hebben om in de toekomst als (sociaal) advocaat aan de slag te gaan.⁶⁷ Voormalige medewerkers, die nu werkzaam zijn als advocaat, maken deel uit van de rechtswinkels en begeleiden de vrijwilligers. Het netwerk van deze – bij de rechtswinkels betrokken – advocaten vereenvoudigt de introductie in de sociale advocatuur.

Na de behandeling van al deze maatregelen komen wij weer terug bij de vraag die in deze par. centraal staat: ‘In hoeverre is de beoogde stimulering van het aanbod van rechtshulpverleners te signaleren?’. De ontwikkeling in het aantal toevoegingen en het aantal rechtshulpverleners is inzichtelijk gemaakt in tabel 1.

Tabel 1: Verhouding tussen het aantal toevoegingen en het aantal rechtsbijstandverleners dat op toevoegingbasis werkt.⁶⁸

Jaar	Verleende toevoegingen	Index	Rechtsbijstand Verleners	Index	Toevoegingen per rechtsbijstandverlener (gemiddeld).
2001	299.482	100	6.425	100	47
2002	328.206	110	6.296	98	52
2003	343.473	115	6.437	100	53
2004	343.716	115	6.415	100	54
2005	351.300	117	6.787	106	52
2006	414.762	138	7.056	110	59

Uit tabel 1 blijkt dat het aantal rechtsbijstandverleners de laatste vijf jaren met 10% is toegenomen. Dit is niet geleidelijk gegaan, maar de toename heeft uitsluitend in de laatste twee jaar plaatsgevonden. Dit is onzes inziens een indicatie dat de maatregelen, die in 2004 genomen zijn, gewerkt hebben. Wij concluderen daarom dat de beoogde stimulering van het aanbod van rechtsbijstandverleners niet zonder effect gebleven is. Wij signaleren daarbij echter dat de toename van het aantal rechtsbijstandverleners achter blijft op de toename in het aantal verleende toevoegingen. Dit heeft ertoe geleid dat het gemiddeld aantal toevoegingen per rechtsbijstandverlener verder gestegen is. Het door het Verweij-Jonker Instituut gesignaleerde spanningsveld bestaat daarom nog steeds. De oorzaak hiervoor is onzes inziens de laatste twee jaar echter gewijzigd. Het spanningsveld wordt niet langer veroorzaakt door een dalende lijn in het aantal rechtsbijstandverleners als gevolg van het uittreden van ervaren rechtsbijstandverleners en het beperkt toetreden van jonge rechtsbijstandverleners, maar het wordt nu veroorzaakt doordat de toename van het aantal

⁶⁷ Rapport Raad voor Rechtsbijstand 's-Gravenhage 'Subsidiëring Rechts- en wetswinkels 2006', p. 1.

⁶⁸ L. Combrink-Kuiters e.a., *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

rechtsbijstandverleners achter blijft op de toename in het aantal verleende toevoegingen.

9.6 De waarborging van de toegankelijkheid van het stelsel

Om een antwoord te formuleren op de vraag ‘Is te beoordelen in hoeverre de doelstellingen van de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtsbijstand zijn behaald?’ zal in deze par. de belangrijkste doelstelling van de stelselwijziging besproken worden: de waarborging van de toegankelijkheid van het stelsel. De commissie Ouwerkerk meende dat de grondwettelijk verankerde toegang tot de rechter voor de rechtzoekende gewaarborgd moest blijven ongeacht de wijzigingen in het stelsel van de gesubsidieerde rechtsbijstand. De toegang tot het recht moet duidelijk aangegeven zijn en de minder draagkrachtige rechtzoekende mag niet om fysieke of financiële redenen afzien van rechtshulp. De vraag die in deze par. centraal staat is daarom: ‘In hoeverre is de toegankelijkheid van het stelsel gewaarborgd gebleven?’. Voor het beoordelen van de toegankelijkheid zullen wij achtereenvolgens het palet aan rechtshulpvormen en de veranderingen in de fysieke bereikbaarheid en de financiële bereikbaarheid bespreken.

9.6.1 Het palet aan rechtshulpvormen

Het palet aan rechtshulpvormen is van invloed op de toegankelijkheid van het stelsel. De stelselwijziging bracht veranderingen met zich mee met betrekking tot het palet aan rechtshulpvormen. Voorheen verleenden zowel de Bureaus Rechtshulp als de rechtswinkels eerstelijns en tweedelijns rechtshulp. Bij het Bureau Rechtshulp kon de minder draagkrachtige rechtzoekende geholpen worden in een kosteloos spreekuur van maximaal een half uur door voornamelijk WO geschoolde bureaumedewerkers. Indien het probleem niet binnen een half uur kon worden opgelost, kreeg de minder draagkrachtige rechtzoekende tegen een forfaitaire vergoeding van € 13,50 voor maximaal drie uur rechtsbijstand door een jurist in het zogenaamde verlengd spreekuur. Als gevolg van stelselwijziging zijn de Bureaus rechtshulp vervangen door het Juridisch Loket, dat alleen eerstelijns rechtshulp verleent. Het Juridisch Loket is bereikbaar via een landelijke website, een landelijk telefoonnummer en een spreekuurvoorziening van maximaal één uur. Bij het Juridisch Loket kan elke rechtzoekende met allerlei vragen terecht, met uitzondering van vragen over vermogensrecht, zakelijke kwesties, pacht of verhuur van onroerend goed.⁶⁹ De rechtzoekende wordt geholpen door een combinatie van MBO (14%), HBO (46%) en WO (40%) geschoolde medewerkers die de rechtzoekende door middel van informatieverstrekking, vraagverheldering en verwijzing verder helpen.⁷⁰ Daarnaast is het Juridisch Loket, ter stimulering van het ge-

⁶⁹ <www.hetjl.nl/hetjl/>.

⁷⁰ Dit percentage is berekend aan de hand van de 21 respondenten en is exclusief de

bruik van mediation, als taak opgedragen rechtzoekenden hierover te adviseren en, indien het een probleem betreft dat geschikt is voor mediation, door te verwijzen naar een mediator.⁷¹

Bij de stelselwijziging is de tweedelijns rechtshulp, die het Bureau Rechtshulp verleende tijdens het verlengd spreekuur, vervangen door een lichte advies-toevoeging bij een rechtsbijstandverlener. Op dit punt signaleren wij een aantal problemen. Van de respondenten bij het Juridisch Loket geeft 29% aan, dat voor sommige rechtsgebieden, zoals de WAO/WIA, vreemdelingenrecht en WSNP, niet altijd een advocaat beschikbaar is voor een lichte adviestoevoeging. Daarnaast komen sommige zaken, die niet binnen een uur door het Juridisch Loket worden behandeld, ook niet in aanmerking voor een lichte advies-toevoeging. Hierbij gaat het met name om advisering, second opinion, bemiddeling bij schulden en min of meer eenvoudige geschillen, waarbij niet direct duidelijk is of er een juridisch geschil is. Deze zaken werden in het verlengd spreekuur van het Bureau Rechtshulp met een eenvoudige brief afgedaan. Ruim 33% van de respondenten van het Juridisch Loket gaf aan deze dienstverlening te missen. Het Juridisch Loket helpt de rechtzoekende weliswaar met het opstellen van een brief, maar de rechtzoekende moet deze op eigen naam versturen. Door de afwezigheid van een briefhoofd sorteert de brief niet altijd het beoogde effect. Veelal worden de brieven door de wederpartij genegeerd of niet serieus genomen, aldus de respondenten.

Volgens een groot aantal respondenten (43%) dreigt er door de geschetste problemen een nieuwe leemte in de rechtshulp te ontstaan. Zij zien in deze zaken alleen de mogelijkheid van een reguliere toevoeging of van rechtshulp tegen een commercieel uurtarief. Hoewel de rechtswinkels gratis tweedelijns rechtshulp verlenen geeft slechts één respondent van het Juridisch Loket aan dit soort zaken door te verwijzen naar een rechtswinkel.

De stelselwijziging heeft geen invloed gehad op de dienstverlening van de rechtswinkels. De rechtzoekende kan nog steeds kosteloos rechtshulp krijgen bij een rechtswinkel en is hierbij niet gebonden aan een tijdslimiet voor advisering of rechtshulp. Bij de geënquêteerde rechtswinkels waren 720 studenten Rechtsgeleerdheid, 203 advocaten, 16 afgestudeerde juristen en 3 rechters betrokken. Het merendeel van de studenten was in de master fase van hun studie aanbeland en dus in het bezit van een bachelor bul. De rechtswinkels onderscheiden zich van het Juridisch Loket, doordat zij niet centraal aangestuurd worden. Hierdoor is er enige diversiteit in de aard en omvang van de dienstverlening van de rechtswinkels. Het merendeel van de onderzochte rechtswinkels (74%) gaat verder dan alleen eerstelijns rechtshulp. Dit varieert van het schrijven van brieven en het bemiddelen in geschillen tot het optreden als gemachtigde in bestuurs- of kantonzaken. Het aantal zaken dat op deze wijze door de onderzochte rechtswinkels werd afgehandeld betrof in 2005

vestigingsmanagers. Een aantal vestigingsmanagers heeft aangegeven mee te helpen met de dienstverlening. Inclusief deze vestigingsmanagers komt de verhouding uit op 44% HBO en 42% WO geschoolde medewerkers.

⁷¹ Mediation en het rechtsbestel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1 (Brief).

circa 9.700 zaken.⁷² Onder de onderzochte rechtswinkels die tweedelijns rechtshulp verlenen maakte 45% van de respondenten melding van een recente stijging in de vraag naar tweedelijns rechtshulp. Veelal wordt niet bijgehouden of een cliënt reeds eerder bij een andere rechtshulpverlener heeft aangeklopt. Daardoor is niet vast te stellen of de stijging in de vraag naar tweedelijns rechtshulp veroorzaakt wordt door de leemte in de rechtshulp, die een aantal respondenten van het Juridisch Loket signaleerde.

Uit het voorgaande is gebleken dat het palet aan rechtshulpvormen is veranderd, doordat de dienstverlening die het Bureau Rechtshulp in het verlengd spreekuur verzorgde nu door middel van een lichte adviestoevoeging moet worden afgedaan. Respondenten van het Juridisch Loket (43%) zijn van mening dat minder draagkrachtige rechtzoekenden tussen de wal en het schip dreigen te vallen. Wij zijn het met deze respondenten eens dat sommige minder draagkrachtige rechtzoekenden tussen de wal en het schip dreigen te vallen. Wij signaleren daarentegen een andere oorzaak voor deze situatie. De huidige leemte in de rechtshulp wordt niet zozeer veroorzaakt doordat het Juridisch Loket geen brieven namens de rechtzoekende mag versturen of sommige zaken niet in aanmerking komen voor een lichte (advies)toevoeging dan wel voor sommige rechtsgebieden geen advocaat beschikbaar is, maar doordat het Juridisch Loket in zulke zaken niet doorverwijst naar een andere rechtsbijstandverlener zoals bijvoorbeeld een rechtswinkel.

9.6.2 *De fysieke bereikbaarheid*

Voor de stelselwijziging kon de minder draagkrachtige rechtzoekende voor rechtshulp terecht bij circa 50 vestigingen van het Bureau Rechtshulp.⁷³ In het huidige stelsel zijn er 30 vestigingen van het Juridisch Loket waar elke rechtzoekende terecht kan. Met dit aantal vestigingen werd getracht in een evenwichtige verspreiding van de loketten te voorzien, waarbij nadrukkelijk rekening werd gehouden met de regionale functie van (middel)grote steden.⁷⁴ Voor het bepalen van het aantal vestigingsplaatsen en de verspreiding daarvan over het land was de fysieke bereikbaarheid voor de rechtzoekende een belangrijk uitgangspunt.⁷⁵ Beoogd werd een landelijke dekking van Juridisch

⁷² De meeste rechtswinkels noteerden het aantal tweedelijns rechtshulp zaken in een percentage ten opzichte van het totaal. Op basis van de 45 onderzochte rechtswinkels schatten wij dat het landelijk aantal zaken waarin tweedelijns rechtshulp verleend werd in 2005 circa 18.000 bedroeg.

⁷³ Jungmann 2003, p. 1 (zie noot 20).

⁷⁴ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 7 (NV).

⁷⁵ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 6 (bijlage: Raamwerk vorming Juridisch Loket) (Brief).

Loketten die voor rechtzoekenden binnen ongeveer een uur bereikbaar zijn.⁷⁶ Voor de regio's waarbinnen het niet mogelijk is om binnen een uur het Juridisch Loket te bereiken, heeft de minister de mogelijkheid van een nevenvestiging, een zogenaamd *buitensprekkuur*, opengelaten. Zo bleek bijvoorbeeld al snel dat in Zeeuws-Vlaanderen de reistijd van de rechtzoekende meer dan één uur bedroeg. Hierop werd besloten in Terneuzen een tijdelijk buitensprekkuur in te stellen.⁷⁷

In het najaar van 2006 was het loket aan het experimenteren met het opzetten van de dienstverlening in de penitentiaire inrichtingen op landelijk niveau. De voorziening wordt opgezet in de inrichtingen waar voorheen een spreekuurvoorziening van het Bureau Rechtshulp aanwezig was.⁷⁸ In het najaar van 2007 zal worden vastgesteld of de voorziening effectief is en voldoet aan de geldende kwaliteitseisen. Indien aan de voorwaarden is voldaan, zal de voorziening blijven bestaan.

Naast de dienstverlening in de penitentiaire inrichtingen zal in de toekomst ook een herpositionering van de rechtsbijstand in milieuzaken plaatsvinden.⁷⁹ Deze milieurechtsbijstand wordt ingebed in het reguliere stelsel van de gesubsidieerde rechtsbijstand. Rechtzoekenden kunnen in de toekomst dus ook voor milieuzaken terecht bij het Juridisch Loket.

Een vermindering van het aantal fysieke contactpunten hoeft uiteraard nog niet een verminderde bereikbaarheid van het stelsel te betekenen. Het verminderde aantal fysieke contactpunten blijkt in ieder geval geen negatief effect gehad te hebben op het aantal contacten met rechtzoekenden. Het aantal contacten is in vergelijking met het Bureau Rechtshulp gestegen (tabel 2).

⁷⁶ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 7 (NV).

⁷⁷ Vaststelling van de begrotingstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 107, p. 2 (Brief); Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 7 (NV).

⁷⁸ Jaarplan 2007 Juridisch Loket.

⁷⁹ Vaststelling van de begrotingstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 107, p. 6 (Brief).

Tabel 2: Contacten van het BR en HJL⁸⁰				
Jaar	Aantal contacten		Totaal	Index Totaal
	BR	HJL		
2000	448.091	0	448.091	100
2001	429.697	0	429.697	96
2002	457.004	0	457.004	102
2003	440.158	0	440.158	98
2004	358.854	39.604	398.458	89
2005	0	261.700	261.700	58
2006	0	575.315	575.315	128

Bij het gestegen aantal contacten dient echter een kritische kanttekening geplaatst te worden. De gehanteerde maatstaf van 'contacten' staat niet gelijk aan daadwerkelijk verleende rechtshulp. Elk contact van een rechtzoekende via balie, telefoon, e-mail, website of spreekuur wordt genoteerd. Dit leidt ertoe dat een vraag per e-mail die telefonisch door het loket beantwoord wordt en waarbij uiteindelijk de rechtzoekende verzocht wordt om op het spreekuur langs te komen, als drie contacten geregistreerd wordt.⁸¹ Een stijging of daling in het aantal contacten kan derhalve van alles betekenen. Zo kan een stijging in het aantal contacten zowel een verbetering in de hulpverlening signaleren als een verslechtering van de interne verwijzingen. De stijging van het aantal contacten ten opzichte van het Bureau Rechtshulp leidt overigens nauwelijks tot bezettingsproblemen. Op de vraag 'Heeft uw vestiging wachtlijsten?' gaf 86% van de respondenten aan in hun vestiging geen wachtlijsten te hebben. Slechts drie respondenten (14%) hadden in hun vestiging te kampen met bezettingsproblemen. De fysieke bereikbaarheid van de rechtswinkels is de laatste jaren eveneens veranderd. Waren er tien jaar geleden nog zo'n 135 rechtswinkels in Nederland, op dit moment telt Nederland circa 95 rechtswinkels. Een aantal rechtswinkels legt zich uitsluitend toe op problemen waar kinderen en jongeren mee te maken krijgen (de kinderen- en jongeren rechtswinkels). Twee rechtswinkels behandelen uitsluitend rechtsvragen van vrouwen. De spreiding van de rechtswinkels is niet zo evenwichtig als de spreiding van de Juridische Loketten. De oorzaak hiervoor moet vooral gezocht

⁸⁰ Jungmann 2003, p 15 (zie noot 20); Combrink-Kuiters & Jungmann 2004, p. 9 (zie noot 59); L. Combrink-Kuiters & N. Jungmann m.m.v. M. van Gammeren-Zoetewij, *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 14; Combrink-Kuiters e.a. 2007 (zie noot 68).

⁸¹ Combrink-Kuiters & Jungmann m.m.v. Van Gammeren-Zoetewij 2005, p. 16 (zie noot 80)

worden in het feit dat de rechtswinkels niet centraal aangestuurd worden. De rechtswinkels worden veelal door studenten Nederlands Recht opgericht in gebieden waar zij een tekort aan rechtshulp signaleren. Daarnaast moet bedacht worden dat de spreiding evenwichtiger was, maar dat 35 rechtswinkels in het laatste decennium verdwenen zijn als gevolg van bezuinigingen. Dat vooral de rechtswinkels in de meer afgelegen gebieden waar ook een Bureau Rechtshulp bestond het bij de bezuinigingen moesten ontgelden lag in de rede. Inmiddels zijn ook deze Bureaus verdwenen waardoor vooral minder draagkrachtige rechtzoekenden in Friesland, Overijssel en Zeeland die op zoek zijn naar tweedelijns rechtshulp maar niet in aanmerking komen voor een lichte adviestoevoeging verder zullen moeten reizen. De vermindering van het aantal rechtswinkels lijkt geen negatief effect te hebben op het aantal behandelde rechtsvragen. Ondanks het sluiten van een aantal rechtswinkels is het aantal behandelde rechtsvragen in de afgelopen jaren met 17% gestegen (tabel 3). De ontwikkelingen in de fysieke bereikbaarheid vatten wij als volgt samen. De fysieke bereikbaarheid van zowel het Juridisch Loket, in vergelijking tot zijn voorganger, als van de rechtswinkels is afgenomen. Deze afname lijkt evenwel geen negatief effect te hebben gehad op het aantal rechtzoekenden dat deze vormen van eerstelijns rechtshulp heeft benaderd.

9.6.3 *De financiële bereikbaarheid*

Naast de fysieke bereikbaarheid is ook de financiële bereikbaarheid maatgevend voor de toegankelijkheid van het stelsel. Vooral voor een minder draagkrachtige rechtzoekende kan een hoge eigen bijdrage ertoe leiden dat deze afziet van rechtshulp. Een te lage eigen bijdrage kan daarentegen resulteren in al te licht gebruik van het stelsel. Als onderdeel van de stelselwijziging introduceerde de minister derhalve op advies van zowel de commissie Ouwerkerk als het Interdepartementaal Beleidsonderzoek Rechtsbijstand diverse prijsprikkels om doelmatig gebruik van het stelsel te bevorderen. Wij zullen deze prijsprikkels de revue laten passeren.

Tabel 3: Totaal aantal behandelde rechtsvragen van de rechtswinkels⁸²			
Jaar	Onderzoek (46 rechtswinkels)	Index	Landelijk totaal⁸³
2001	50.218	100	100.400
2002	52.604	105	105.200
2003	55.447	110	110.800
2004	54.975	109	109.800
2005	58.922	117	117.800

De eerste prijsprikkel, het verhogen van de eigen bijdrage voor een toevoeging, was oorspronkelijk niet als prijsprikkel bedoeld. Teneinde de financiële ruimte te scheppen om het uurtarief voor de toegevoegde advocaten te verhogen werd besloten de eigen bijdrage voor de gesubsidieerde rechtsbijstand in stappen te verhogen. In de periode 2002 – 2007 werd de eigen bijdrage voor rechtzoekenden in de hoogste inkomenscategorie met 30% verhoogd van € 532 naar € 690. De eigen bijdrage voor de rechtzoekenden in de laagste inkomenscategorie werd met 51% verhoogd van € 61 naar € 92. De minister was van mening dat de verhoging zou bijdragen tot het maken van een bewuste afweging door de rechtzoekende.⁸⁴

Tegelijkertijd met de stapsgewijze verhoging van de eigen bijdrage voor een toevoeging werd ook het griffierecht stapsgewijs verhoogd. De verhoging werd doorgevoerd naar aanleiding van het standpunt van het kabinet dat de rechtzoekende, die een conflict aan de rechter voorlegt, zich rekenschap dient te geven van de mogelijkheid om zijn conflict buiten de rechter om op te lossen.⁸⁵ In vijf jaar tijd steeg het griffierecht met 30%.⁸⁶ Volgens het kabinet zou evenwel geen sprake zijn van een aantasting van de essentie van het recht

⁸² Ten tijde van het afronden van dit hoofdstuk waren nog niet van alle rechtswinkels de jaarcijfers over 2006 bekend. De jaarcijfers over 2006 die wij wel ontvingen wijzen op een afvlakking van de groei.

⁸³ Om tot een voorzichtige schatting van het landelijk totaal te komen hebben wij het totaal aantal rechtsvragen van de 46 door ons onderzochte rechtswinkels (48% van de in totaal 95 rechtswinkels) naar beneden afgerond en vermenigvuldigd met 2.

⁸⁴ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 118, p. 2-3 (Brief).

⁸⁵ Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet tarieven in burgerlijke zaken en enkele andere wetten ter verhoging van de opbrengst van de griffierechten (verhoging van de opbrengst van griffierechten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 740, nr. 3, p. 2 (MvT).

⁸⁶ Stijging van de griffierechten zoals vermeld in *Stb.* 2007/28 ten opzichte van de griffierechten zoals vermeld in *Stb.* 2003/20.

op toegankelijke rechtspraak.⁸⁷

Per 23 januari 2004 ondervond ook de anticumulatieregeling een wijziging als gevolg van de stelselwijziging.⁸⁸ Onder de oude regeling kreeg de minder draagkrachtige rechtzoekende een korting van 60% indien hij binnen een periode van zes maanden een tweede toevoeging aanvroeg. De korting werd steeds met 10% verhoogd bij elke volgende toevoeging binnen deze periode. De rechtzoekende hoefde vanaf een zesde toevoeging geen eigen bijdrage meer te betalen.⁸⁹ Na de wijziging van de anticumulatieregeling krijgt een minder draagkrachtige rechtzoekende een korting van 50% per toevoeging indien hij binnen zes maanden een tweede, derde of vierde toevoeging aanvraagt. Er wordt geen korting meer berekend voor een eventuele vijfde of meerdere toevoeging. De rechtzoekende moet dan de volledige eigen bijdrage betalen (tabel 4).

Tabel 4: Gebruik van de anticumulatieregeling.⁹⁰			
Toevoeging(en) in 6 maanden	Gebruik	Totaal eigen bijdrage	
		Oude Regeling	Nieuwe regeling
1	79,0%	100%	100%
2	15,2%	140%	150%
3	4,0%	170%	200%
4	1,3%	190%	250%
5	0,5%	200%	350%

In de nabije toekomst staat nóg een lastenverzwaring op het programma: de eigen bijdrage voor de lichte adviestoevoeging zal vervangen worden door een inkomensafhankelijke eigen bijdrage. Van meet af aan was het de bedoeling dat de minder draagkrachtige rechtzoekende voor de lichte adviestoevoeging een inkomensafhankelijke eigen bijdrage zou betalen.⁹¹ In afwachting van de wettelijke regeling van de lichte adviestoevoeging besloot de minister evenwel dat de eigen bijdrage tijdelijk op hetzelfde niveau zou blijven als die voor het verlengd spreekuur, te weten € 13,50. Naar aanleiding van deze plannen van de minister heeft de NOvA geadviseerd de eigen bijdrage voor de

⁸⁷ Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet tarieven in burgerlijke zaken en enkele andere wetten ter verhoging van de opbrengst van de griffierechten (verhoging van de opbrengst van griffierechten), *Kamerstukken II* 2002/03, 28 740, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁸⁸ Combrink-Kuiters & Jungmann m.m.v. Van Gammeren-Zoetewij 2005, p. 39 (zie noot 80).

⁸⁹ Combrink-Kuiters & Jungmann m.m.v. Van Gammeren-Zoetewij 2005, p. 31-32 (zie noot 80).

⁹⁰ Combrink-Kuiters & Jungmann m.m.v. Van Gammeren-Zoetewij 2005, p. 32 (zie noot 80).

⁹¹ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 119, p. 8 (Brief).

lichte adviestoevoeging tussen de € 25 en € 35 te laten vaststellen. De minister stelde echter voor om de eigen bijdrage te verhogen naar € 45 voor de lichte adviestoevoeging en € 75 voor de reguliere toevoeging. De NOvA heeft bezwaar gemaakt en trad in algemeen overleg met de minister. Als gevolg van dit overleg is de minister tot de conclusie gekomen dat een eigen bijdrage van € 35 voor de laagste inkomenscategorie respectievelijk € 65 voor de overige rechtzoekenden verantwoord is.⁹²

Hoewel de minister zich ervan bewust was dat het stapelend effect van meerdere prijsprikkels het risico in zich meedraagt dat het recht op toegang tot de rechter voor een minder draagkrachtige rechtzoekende illusoir zou kunnen worden, meende hij dat met de maatregelen geen onoverkomelijke barrière gecreëerd werd.⁹³ Wij kunnen deze visie helaas niet met de minister delen en signaleren een salamitactiek met betrekking tot de prijsprikkels. Vooral voor de minder draagkrachtige rechtzoekende is de financiële lat veel hoger gelegd, wellicht zelfs te hoog. Zo is de eigen bijdrage voor een toevoeging voor de minder draagkrachtige rechtzoekende met 51% verhoogd,⁹⁴ hetgeen samen met de verscherpte anticumulatieregeling vooral bij complexe problemen tot veel hogere kosten leidt. Daarbij komt dat in de nabije toekomst de minder draagkrachtige rechtzoekende voor een lichte adviestoevoeging het drievoudige moet gaan betalen.

Met deze signalering moeten wij met betrekking tot de vraag 'In hoeverre is de toegankelijkheid van het stelsel gewaarborgd gebleven?' constateren dat de toegankelijkheid van het stelsel van rechtshulp verslechterd is als gevolg van de stelselwijziging. Hoewel de verminderde fysieke bereikbaarheid geen invloed lijkt te hebben op het aantal rechtzoekende dat eerstelijns rechtshulp benadert, is de financiële lat voor de rechtzoekende hoger gelegd. Gekoppeld aan een verschraling van palet aan rechtshulpvormen, dreigt er een nieuwe leemte in de rechtshulp te ontstaan.

9.7 Conclusie

In de voorgaande paragrafen hebben wij de drie doelstellingen van de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtsbijstand behandeld. Hierbij hebben wij per doelstelling gekeken naar de wijze waarop deze in de praktijk is ingevoerd en wat de werking hiervan was. Wij komen nu toe aan de beantwoording van de onderzoeksvraag: 'In hoeverre is te beoordelen of de doelstellingen van de stelselwijziging van de gesubsidieerde rechtsbijstand zijn behaald?'.

Ten aanzien van de doelstelling van het verbeteren van de mededinging in de rechtshulp concludeerden wij dat de beoogde verbetering niet te signaleren is.

⁹² Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 VI, nr. 67, p. 3 (Brief).

⁹³ Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 119, p. 9 (Brief).

⁹⁴ In vergelijking tot de eigen bijdrage in 2002.

Vóór de stelselwijziging was er een beperkte vorm van mededinging in de gesubsidieerde rechtshulpverlening. Momenteel is er helemaal geen sprake meer van mededinging vanuit het perspectief van de rechtzoekende.

Met betrekking tot de beoogde stimulering van het aanbod van rechtsbijstandverleners concludeerden wij dat deze niet zonder effect gebleven is. Na de invoering van diverse stimuleringsmaatregelen is het aanbod van rechtsbijstandverleners gestegen. Wij signaleerden echter dat ondanks de toename in het aantal rechtsbijstandverleners het gemiddelde aantal toevoegingen per rechtsbijstandverlener nog verder gestegen is. Het gevaar dat er op termijn een tekort aan rechtsbijstandverleners ontstaat, is hiermee blijven bestaan.

Ten slotte constateerden wij met betrekking tot de doelstelling van het waarborgen van de toegankelijkheid van het stelsel dat deze verslechterd is als gevolg van de stelselwijziging. Het palet aan rechtshulpvormen is weliswaar niet verminderd, maar wel heeft er een verschuiving plaatsgevonden in de taakverdeling. De tweedelijns rechtshulp die voorheen in het verlengd spreekuur van het Bureau Rechtshulp werd verleend, moet nu door middel van een lichte adviestoevoeging worden afgedaan. Sommige zaken komen echter niet in aanmerking voor een lichte adviestoevoeging. Daarnaast is voor sommige zaken niet altijd een rechtsbijstandverlener beschikbaar. Deze zaken dienen nu door de tweedelijns rechtshulp van de rechtswinkels afgehandeld te worden. Respondenten van het Juridisch Loket betitelen de moeilijkheden rondom de lichte adviestoevoeging als een leemte in de rechtshulp. Wij signaleren op dit vlak daarentegen dat er geen sprake is van een leemte, omdat deze zaken als tweedelijns rechtshulp, door de rechtswinkels afgehandeld kunnen worden. Wel dreigen minder draagkrachtige rechtzoekenden tussen de wal en het schip te vallen als gevolg van een tekort aan doorverwijzingen naar de tweedelijns rechtshulp van de rechtswinkels. Slechts één van de respondenten van het Juridisch Loket gaf aan door te verwijzen naar een rechtswinkel.

De fysieke bereikbaarheid van het stelsel lijkt niet onder de stelselwijziging geleden te hebben. De financiële bereikbaarheid heeft daarentegen wel negatieve invloeden ondervonden. Voor de rechtzoekende is de financiële lat hoger komen te liggen. De minder draagkrachtige rechtzoekende heeft de grootste lastenverzwaring te verduren gehad, waardoor de financiële lat in sommige zaken wellicht te hoog is gelegd.

9.8 Evaluatie

Na het beantwoorden van de onderzoeksvraag komen wij nu toe aan de evaluatie. Ten grondslag aan de stelselwijziging ligt het rapport van de commissie Ouwerkerk. De commissie Ouwerkerk had de opdracht het rapport vanuit het perspectief van de *rechtzoekende* op te stellen. Dit is onzes inziens echter niet gebeurd. Centraal in het rapport staat de vermeende oneerlijke concurrentie van het verlengd spreekuur en de betalende praktijk van de Bureaus Rechtshulp met de advocatuur. Deze mededingingskwestie is naar wij menen het

enige steekhoudende argument dat naar voren gebracht werd om tot een strikte scheiding van de publieke en private taken te komen. Dat de Bureaus Rechtshulp met de publiek gesubsidieerde activiteiten in het verlengd spreekuur volgens economische modellen een marktvoordeel konden behalen, trekken wij niet in twijfel. Dat hierover nooit serieus geklaagd was door de advocatuur geeft te denken of de stelselwijziging überhaupt nodig was. De Minister van Justitie zou in de vele kamerdebatten over de stelselwijziging overigens nauwelijks aan de verbetering van de mededinging refereren.⁹⁵

Wij zijn van mening dat ondertussen de eerste scheurtjes in de zo geroemde scheiding van publieke en private taken zichtbaar zijn. De Bureaus Rechtshulp boden producten aan zoals bajessprekuren in de penitentiaire inrichtingen, WSNP- en Terwee-zaken en milieurechtsbijstand. Na de stelselwijziging moesten deze producten – in principe – uitbesteed worden aan de private sector. In paragraaf 6.2 is inmiddels gebleken dat het Juridisch Loket ook de dienstverlening in de penitentiaire inrichtingen voor zijn rekening neemt. Daarnaast zal in de toekomst ook de herpositionering van de rechtsbijstand in milieuzaken plaatsvinden.

De stelselwijziging is niet zonder problemen gebleven. Tijdens ons onderzoek hebben diverse respondenten niet alleen problemen gesignaleerd, maar hebben zij ook de oorzaken aangewezen en mogelijke oplossingen aangedragen. Het eerste probleem dat wij signaleerden was dat de groei van het aantal rechtshulpverleners achter blijft bij het aantal verleende toevoegingen. Deze situatie draagt het risico met zich mee dat op termijn een tekort ontstaat aan rechtshulpverleners die toevoegingen behandelen. De eerste signalen voor dit dreigende tekort zijn reeds aanwezig. Van de 21 geënquêteerde vestigingsmanagers van het Juridisch Loket gaf 33% aan dat het niet altijd mogelijk was om een advocaat te vinden voor een (lichte advies)toevoeging. Voor een aantal vestigingen blijkt het voor sommige rechtsgebieden niet altijd mogelijk een (lichte advies)toevoeging te regelen.⁹⁶

De kweekvijverfunctie van de rechtswinkels speelt ook een rol bij de stimulering van het aanbod van rechtshulp.⁹⁷ Aangezien de Raden deze kweekvijverfunctie erkennen, is het opmerkelijk dat wij tijdens het onderzoek van sommige Raden informele signalen ontvingen dat zij vraagtekens zetten bij de toekomstige subsidiëring van de rechtswinkels. Indien de subsidies ingetrokken worden is het hoogst waarschijnlijk dat de meeste rechtswinkels niet kunnen rondkomen. Als de rechtswinkels verdwijnen, dan verdwijnt hiermee ook de kweekvijverfunctie voor de sociale advocatuur én de tweedelijns rechtshulp die zij verlenen.

⁹⁵ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van de rechtsbijstand door de raden voor rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 436, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁹⁶ De problematische rechtsgebieden zijn: vreemdelingenrecht, sociale voorzieningen, WSNP, WAO/WIA, Wajong en bijstand.

⁹⁷ Rapport Raad voor Rechtsbijstand 's-Gravenhage 'Subsidiëring Rechts- en wetswinkels 2006', p. 1.

Een ander probleem dat door de respondentenesignaleerd werd, was de groeiende terughoudendheid van sommige advocaten met betrekking tot de (lichte advies)toevoeging. Het feit dat een (lichte advies)toevoeging soms door de Raad voor Rechtsbijstand geweigerd wordt, zou hier debet aan zijn. Om zeker te zijn van betaling zouden sommige advocaten daarom een voorschot verlangen. Vooral voor de minder draagkrachtige rechtzoekende kan de financiële lat hierdoor te hoog komen te liggen, waardoor deze van de rechtshulp afziet.

In het licht van het achterblijven van het aantal rechtshulpverleners ten opzichte van het aantal toevoegingen merken wij ten slotte op, dat de auditverklaring onzes inziens een remmende invloed heeft op de groei van het aantal rechtshulpverleners dat toevoegingen verzorgt. Vóór 2004 werden de kosten van een auditverklaring volledig vergoed (€ 953 exclusief BTW en reiskosten). Vervolgens werd in 2004 en 2005 slechts de helft van de kosten van de auditor vergoed € 517 exclusief BTW en reiskosten).⁹⁸ Vanaf 1 januari 2006 is de Raad voor Rechtsbijstand gestopt met de subsidiëring van de auditverklaring.⁹⁹

Aangezien de auditverklaring niet meer gesubsidieerd wordt, ligt het in de lijn der verwachting dat de calculerende advocaat, die maar een beperkt aantal toevoegingen per jaar doet, in de toekomst afziet van het behandelen van zaken op toevoegingbasis. Daarnaast vermindert de auditverklaring de mobiliteit van advocaten. Als bijvoorbeeld een advocaat, die werkzaam is in een kantoor dat over een auditverklaring beschikt, voor zichzelf wil beginnen dan heeft deze een nieuwe auditverklaring nodig.

Het tweede probleem dat wij signaleerden is dat de bereikbaarheid van het stelsel is afgenomen. Ook dit standpunt vindt zijn weerklink in de reacties van respondenten. De vraag 'Heeft de stelselwijziging naar uw mening geleid tot een verbetering voor de rechtzoekende?' antwoordde slechts 19% van de geënquêteerde vestigingsmanagers van het Juridisch Loket positief. Nog eens 19% zag zowel voor als nadelen en de resterende 62% beschreef de stelselwijziging als een achteruitgang voor de rechtzoekende. Volgens deze respondenten dreigt er een nieuwe leemte in de rechtshulp te ontstaan, doordat sommige zaken niet door het Juridisch Loket behandeld mogen worden, maar ook niet voor een lichte adviestoevoeging in aanmerking komen. Wij concludeerden reeds dat wij voor de rechtswinkels een nieuwe taak weggelegd zien om tijdelijk deze leemte in de rechtshulp te vullen.

Deze rol voor de rechtswinkels is niet voor elke rechtshulpverlener even evident. Slechts één van de respondenten van het Juridisch Loket (5%) gaf aan dat regelmatig naar een rechtswinkel werd doorverwezen. De overige respondenten gaven voornamelijk aan niet naar rechtswinkels door te verwijzen, omdat deze hetzelfde zouden doen als het Juridisch Loket, maar dan op een minder professioneel niveau. Uit ons onderzoek komt een genuanceerder beeld naar voren. Van de onderzochte rechtswinkels verleent 74% tweedelijns

⁹⁸ Subsidieregeling kwaliteitsaudits advocatuur 2004 / 2005.

⁹⁹ Raad voor Rechtsbijstand Arnhem 2006, Nieuwsbrief maart 2006.

rechtshulp in de vorm van bijvoorbeeld het schrijven van brieven en het bemiddelen in geschillen of het optreden als gemachtigde in bestuurs- of kantonzaken. Qua opleidingsniveau zijn, een enkel experiment daargelaten, alleen WO opgeleide medewerkers werkzaam bij de rechtswinkels. Van hen is circa 75% WO student Rechtsgeleerdheid, doorgaans in het bezit van een WO bachelor bul. De resterende 25% is praktijkjurist, doorgaans sociaal advocaat.

De onbekendheid van de aard en omvang van de rechtshulp, zoals deze verleend wordt door de rechtswinkels, is onzes inziens mede oorzaak van de door de respondenten van het Juridisch Loket waargenomen nieuwe leemte in de rechtshulp. Indien het Juridisch Loket niet op de hoogte is van een mogelijk alternatief, voor het geval dat een minder draagkrachtige rechtzoekende tussen de wal en het schip dreigt te vallen, zal de minder draagkrachtige rechtzoekende inderdaad nul op het rekest krijgen. De vraag die gesteld kan worden, is waarom het Juridisch Loket niet op de hoogte is van de aard en omvang van de rechtshulp zoals deze door de rechtswinkel wordt verleend. Wij menen dat de oorzaak hiervoor vooral gezocht worden in het ontbreken van een overkoepelend orgaan. Daarnaast is de grote verscheidenheid aan rechtswinkelvormen debet aan de huidige situatie.

Het ontbreken van samenwerking tussen het Juridisch Loket en de rechtswinkels is niet alleen te wijten aan het Juridisch Loket. Opvallend is dat 81% van de respondenten onder de rechtswinkels aangaf niet of nauwelijks door te verwijzen naar het Juridisch Loket. Vooral door de afwezigheid van tweedelijns rechtshulp zijn de respondenten van mening dat het Juridisch Loket 'geen enkele toegevoegde waarde' heeft ten opzichte van de dienstverlening van de rechtswinkels.¹⁰⁰ Daarnaast wordt als reden voor het niet of nauwelijks doorverwijzen het niveau van het advies van het Juridisch Loket gegeven. Dit zou te wensen over laten als gevolg van de voornamelijk HBO (en soms MBO) geschoolde medewerkers.

9.9 Aanbevelingen

Wij hebben in paragraaf 6.1 aangegeven dat volgens sommige respondenten van het Juridisch Loket opnieuw een leemte in de rechtshulp dreigt te ontstaan. De Tweede Kamer had dit voorzien en heeft aan de minister de vraag voorgelegd of de kans bestaat dat het Juridisch Loket indien nodig verdergaande rechtsbijstand zou gaan verlenen.¹⁰¹ In antwoord hierop benadrukte de minister dat 'er in elk geval geen sprake van kan zijn dat de juridische loketten bij een eventueel aanbodprobleem commerciële taken op zich gaan nemen

¹⁰⁰ Dit citaat werd door drie respondenten onafhankelijk van elkaar gegeven; respondenten R1, R9 en R23.

¹⁰¹ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 4 (NV).

en actief worden op het terrein van verdergaande rechtsbijstand.¹⁰² Deze uitspraak van de minister maakt wijziging van het stelsel van de gesubsidieerde rechtsbijstand, zoals deze nu is ingericht, moeilijk. Het Juridisch Loket mag zich uitsluitend met de eerstelijns rechtshulp bezig houden. Wij denken dat de huidige begripsbepalingen een adequate oplossing in de weg staan. Momenteel wordt de rechtshulp onderverdeeld in een eerstelijns rechtshulp (vraagverheldering en advisering) en een tweedelijns rechtshulp (rechtsbijstand). Wij menen dat de grens tussen beide rechtshulpvormen op arbitraire wijze is getrokken. De huidige begripsbepaling van de tweedelijns rechtshulp is te ruim geformuleerd. Het omvat nu elke vorm van rechtsbijstand ongeacht of deze economisch interessant is voor de commerciële rechtsbijstandverlener. Hierbij valt te denken aan rechtsbijstand van eenvoudige aard waarvoor geen (lichte advies)toevoeging verleend wordt. Wij zijn van mening dat de vormen van eenvoudige rechtsbijstand die niet economisch profijtelijk zijn voor de commerciële rechtsbijstandverlener onder de eerstelijns rechtshulp geschaard dienen te worden.

In afwachting van het opnieuw definiëren van de eerstelijns rechtshulp door de overheid zien wij voor de rechtswinkels de taak weggelegd om de door het Juridisch Loket geconstateerde leemte in de rechtshulp te blijven vullen. Een adequaat landelijk verwijsbeleid van het Juridisch Loket naar de rechtswinkels is hierbij noodzakelijk om te voorkomen dat minder draagkrachtige rechtzoekenden tussen de wal en het schip belanden. Voor het tot stand komen van zo'n landelijk verwijsbeleid zullen de rechtswinkels een duidelijk aanspreekpunt moeten creëren. Hiervoor zal een nieuw vertegenwoordigend orgaan zoals het Landelijk Overlegorgaan Rechtswinkels in het leven geroepen moeten worden. Idealiter zou dit orgaan zich naast het vertegenwoordigen van de landelijke rechtswinkels ook moeten toeleggen op het vergaren van statistieken zodat de aard en omvang van het rechtswinkelwerk, en de ontwikkelingen hiervan, gekend kan worden. Een landelijk uniform systeem, met betrekking tot welke statistieken worden bijgehouden en de wijze waarop dit gebeurt, ligt in de rede. Om participatie in het vertegenwoordigend orgaan te bevorderen zouden de Raden voor Rechtsbijstand deelname eraan als voorwaarde voor subsidie kunnen stellen.

Naast het ontbreken van een duidelijk aanspreekpunt voor andere rechtshulpverlenende instanties en bestuursorganen is het ontbreken van een eenduidig gezicht voor de rechtswinkels eveneens een gemis. Hiermee bedoelen wij geenszins dat de diversiteit onder de rechtswinkels opgeofferd moet worden. Met een eenduidig gezicht kan gedacht worden aan een gezamenlijke website waarop de naar tweedelijns rechtshulp zoekende rechtzoekende de dichtstbijzijnde rechtswinkel kan zoeken. Naar model van de Kinderen- en Jongeren-

¹⁰² Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de Raden voor Rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging, alsmede de regeling van de vergoeding van conflictbemiddeling, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 436, nr. 6, p. 4 (NV).

rechtswinkels zou een eventueel gezamenlijk te voeren logo de kenbaarheid voor de rechtzoekende, en daarmee de toegankelijkheid, eveneens vergroten. Ten slotte willen wij erop wijzen dat ervoor gewaakt moet worden dat de rechtswinkels de nieuwe leemte structureel blijven vullen. Het waarborgen van de toegang tot het recht is onzes inziens een overheidstaak. Zij dient daarom niet te worden gehandhaafd door middel van overheidsondersteuning van private rechtshandhaving.

X De Wsnp: weg ermee? Een studie naar overheidsinmenging in de schuldenproblematiek van natuurlijke personen

Özlem Akarca

10.1 Het Rijk rond schulden

10.1.1 Inleiding

Overall op de wereld is er in meer of mindere mate sprake van armoede. Zo ook in Nederland. Meer dan 150.000 huishoudens kampen met een problematische schuldsituatie.¹ Deze zogenoemde moderne armoede is in grote mate het gevolg van de opgekomen consumptiemaatschappij sinds de jaren '80, het verslechteren van de betalingsmoraal van consumenten en het grootschalige aanbod van financiële producten door kredietverstrekkers.² Het probleem is omvangrijk en daardoor aan te merken als een maatschappelijke kwestie.

De overheid heeft zich de private problemen van natuurlijke personen aange trokken en er een publiek vraagstuk van gemaakt. De Armoedenota (1996) van minister Melkert van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de maatschappelijke discussie over armoede en de schuldenproblematiek vergroot.³ Uiteindelijk is de knoop doorgemaakt: op 1 december 1998 is de Wet schuldsanering natuurlijke personen (hierna de 'Wsnp') in werking getreden en als nieuwe titel III toegevoegd aan de bestaande Faillissementswet. De Wsnp beoogt te voorkomen dat natuurlijke personen met problematische schuldsituaties in een faillissement terechtkomen en biedt uitzicht op een schuldenvrije toekomst via de rechtbank.

De wettelijke schuldsaneringsregeling is een maatschappelijk belangrijke wet. Zij vormt het sluitstuk op de particuliere en gemeentelijke minnelijke schuld hulpverlening en is al vanaf haar ontstaan voorwerp van de nodige politieke belangstelling. Momenteel is echter de vraag in hoeverre de wet voldoet aan haar doelstellingen, terwijl de efficiëntie eveneens vragen oproept.⁴

Om te beginnen wordt er kritiek geuit op de mislukte aansluiting van het wettelijke traject op het minnelijke traject. Het minnelijke traject is een buitenge-

¹ Landelijk Platform Integrale Schuldhelpverlening, Quick-scan, Utrecht 2004.

² N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject* (diss. Universiteit Leiden), Leiden: University Press 2006, p. 4 e.v.

³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 515, nr. 2, p. 1.

⁴ M. von Bergh e.a., *Monitor Wsnp: nulmeting*, Tilburg: IVA 2005.

rechtelijke regeling verzorgd door particuliere en gemeentelijke schuldhulpverleningsinstanties waarbij getracht wordt om op vrijwillige basis met de schuldeisers tot een akkoord te komen en afspraken te maken die er toe leiden dat de problematische schuldsituatie van de schuldenaar wordt opgelost. Doordat de 'stok-achter-de-deur functie' van de Wsnp vooralsnog niet goed blijkt te werken, heeft het minnelijke traject aan betekenis ingeboet, waardoor er een grote toeloop is naar de wettelijke schuldsaneringsregeling. Als gevolg hiervan wordt de rechterlijke macht geconfronteerd met grote aantallen Wsnp-zaken. Een voorliggende maatregel om dit bulkwerk op te lossen, is zodoende hard nodig.

Een ander nijpend aandachtspunt is het door de overheid voorgenomen preventieve beleid dat zich richt op het voorkomen van het ontstaan van problematische schuldsituaties. De Wet op het financieel toezicht 2007 speelt hierbij een grote rol. Kredietinstellingen zouden mensen met financiële problemen geen lening mogen verstrekken dan na ze indringend getoetst te hebben op hun kredietwaardigheid. De agressieve en misleidende kredietreclames door financieringsmaatschappijen vormen hierbij een doorn in het oog. Hoewel de Autoriteit Financiële Markten hier sinds 1 mei 2006 toezicht op houdt, is het probleem nog steeds aanwezig: twee derde van kredietreclames en prospectussen blijkt volgens een recente evaluatie niet aan de vigerende regelgeving te voldoen.⁵ Welke mogelijkheden bestaan er om dit probleem tegen te gaan?

Dit zijn slechts enkele voorbeelden van problematische onderwerpen met betrekking tot de schuldsaneringsregeling. Gezien de huidige tekortkomingen van het wettelijke en minnelijke traject is het dan ook wenselijk de zwakke punten op te sporen en alternatieven aan te dragen.

10.1.2 Opbouw

Met deze bijdrage wordt beoogd een antwoord te geven op de vraag hoe de inmenging van de overheid in de schuldenproblematiek het beste vormgegeven kan worden met het oog op de wettelijke schuldsaneringsregeling (Wsnp). Heeft de overheid er bijvoorbeeld wel goed aan gedaan om naast het reeds bestaande particuliere en gemeentelijke minnelijke traject met een wettelijk traject te komen? Om deze vragen te kunnen beantwoorden, zal ik eerst de door de overheid nagestreefde doelen vaststellen bij het ondersteunen van natuurlijke personen die in een problematische schuldsituatie verkeren en de verhouding tot het minnelijke traject (par. 2). Vervolgens zal er aandacht worden besteed aan de doelmatigheid van de Wsnp en de neveneffecten van ondersteuning door de overheid (par. 3). Welke belangrijke aanpassingen er voor de wettelijke schuldsaneringsregeling worden verwacht na de inwerking-treding van het onlangs aangenomen wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de herziening van de wettelijke schuldsaneringsregeling (wetsvoorstel 29 942) komt in de navolgende par. aan de orde (par.

⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 38, p. 1 e.v.

4), gevolgd door enkele beleidsvoornemens van de desbetreffende Ministeries (par. 5). Het doel is om te komen tot een aantal aanbevelingen en/of alternatieven waarmee de wettelijke schuldsaneringsregeling beter zou kunnen functioneren, waarbij ik tevens zal trachten aan te geven welke prijskaartjes aan dergelijk beleid kunnen hangen. In mijn conclusie zal daar aandacht aan worden besteed (par. 6).

Dit artikel is gebaseerd op bestudering van wetenschappelijke literatuur en beleidsstukken. Deze laatste betreffen zowel kamerstukken en beleidsnota's als onderzoeksrapporten/monitoren. Zie hiervoor de bijgevoegde literatuurlijst.

10.2 Strekking en doelstellingen van de Wsnp

10.2.1 Algemeen

In de hedendaagse complexe maatschappij is het voor sommige groepen burgers niet meer te overzien wat de consequenties van hun gedragingen zijn. Waar vroeger het bestedingspatroon werd bepaald door inkomsten uit het verleden – door middel van sparen – is het tegenwoordig de norm geworden om te handelen naar het (onzekere) toekomstige inkomen en (overmatig) gebruik te maken van kredieten.⁶ Geld lenen en schulden maken zijn tot een geaccepteerd verschijnsel geworden. Dergelijke verplichtingen kunnen echter financiële risico's met zich meebrengen en leiden tot problematische schuldsituaties. De oorzaken van een problematische schuldsituatie zijn velerlei: het onverantwoord doen van aankopen, een tekort aan zelfredzaamheid in een huishouden, sociaal-psychiatrische problemen, het niet-gebruik van inkomensondersteunende regelingen, onvoorziene gebeurtenissen zoals een echtscheiding, ontslag of verhuizing, enzovoort.⁷

Problematische schuldsituaties worden dikwijls als ongewenst ervaren, aangezien deze voor de betrokkene zelf én voor de maatschappij als geheel schadelijk kunnen zijn. In het geval de schuldenaar er zelf niet uit komt, is er behoefte aan ondersteuning bij het oplossen van de financieel ongewenste situatie. De doelstellingen van de Wet schuldsanering natuurlijke personen zijn hierbij een stap in de goede richting, alhoewel deze – zoals uit de volgende paragrafen zal blijken – niet altijd gerealiseerd worden. In deze par. zullen de door de overheid nagestreefde doelen geïnventariseerd worden bij de ondersteuning

⁶ Raad voor Rechtsbijstand, *Blauwdruk voor schuldsanering*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 3.

⁷ N. Jungmann, E. Niemeyer & M.J. ter Voort, *Van schuld naar schone lei: Evaluatie Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie-centrum 2001, p. 21 e.v.

van natuurlijke personen die in een problematische schuldsituatie verkeren en wordt de verhouding tot het minnelijke traject besproken.

10.2.2 Doelstellingen van de Wsnp

De belangrijkste doelstelling van de Wsnp is:

‘(...) het in het leven roepen van een regeling, waarmee kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in de lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden’.⁸

Het is voor particulieren en zelfstandige ondernemers die een onderneming drijven zonder rechtspersoonlijkheid mogelijk geworden om na het doorlopen van een periode van gemiddeld drie jaar via het wettelijke traject een ‘schone lei’ te verkrijgen, waarbij de resterende schulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen. Hiermee is de Wsnp tot een *debtor’s law* geworden: het maakt een breuk met het eeuwenoude juridische beginsel dat een debiteur levenslang en met zijn gehele vermogen moet instaan voor zijn schulden zoals het geval is bij een gewoon faillissement. De positie van de schuldeiser wordt met deze wet dus afgezwakt, hetgeen goed tot uiting komt in artikel 332 lid 4 Faillissementswet waarbij de schuldeiser gedwongen wordt akkoord te gaan met de wettelijke schuldsaneringsregeling.

De tweede doelstelling van de Wsnp is het aantal faillissementen van natuurlijke personen terug te dringen. Een faillissement biedt namelijk geen oplossing voor de schuldenaar: vaak wordt het faillissement opgeheven bij gebrek aan baten en kunnen de schuldeisers hun incassomogelijkheden weer voortzetten, waardoor de schuldenaar zich jarenlang – mogelijk zelfs voor de rest van zijn leven – in een uitzichtloze situatie bevindt. Middels de Wsnp wordt een schuldenaar wiens faillissement door zijn crediteuren is aangevraagd de gelegenheid geboden een beroep te doen op de wettelijke schuldsaneringsregeling. Vanaf dat moment treedt er een afkoelingsperiode in werking ex artikel 309 Faillissementswet waardoor schuldeisers niet meer kunnen overgaan tot het treffen van invorderingsmaatregelen. Zij kunnen hun vorderingen alleen nog maar verhalen door deze ter verificatie aan te melden bij de bewindvoerder.

De laatste – maar evenzeer belangrijke – doelstelling van de Wsnp is het streven naar het bevorderen van de bereidheid van schuldeisers om mee te werken aan de totstandkoming van een minnelijke regeling. Uit artikel 285 lid 1 sub e van de Faillissementswet volgt dat een verzoek tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling wordt afgewezen in het geval er geen poging is gedaan om een minnelijke regeling te treffen. Ook zou het wettelijke traject

⁸ *Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 20 e.v.*

minder aantrekkelijk zijn gezien het feit dat de salariskosten van de bewindvoerder samen met de publicatiekosten uit de boedel onttrokken worden voordat er wordt uitgekeerd aan de crediteuren. Op deze wijze valt de aflossing in het wettelijke traject lager uit dan bij een minnelijk akkoord. Dit wordt de ‘stok – achter – de deur – functie’ van de wet genoemd en deze dient ter voorkoming van een massale toeloop naar de Wsnp waardoor het minnelijke traject aan betekenis zou inboeten.

10.2.3 *Het wettelijke traject*

Hoe gaat de Wsnp in zijn werk? Alleen die aspecten die van belang zijn in het kader van deze bijdrage zullen worden aangehaald.

De gemeente helpt schuldenaren een vrijwillige regeling te treffen met de schuldeisers. Lukt dat niet, dan kan de schuldenaar naar de rechter stappen die er vervolgens voor kan zorgen dat er wél een regeling tot stand komt. Om een schuldenvrije toekomst te kunnen verkrijgen moet de schuldenaar een zogenoemde artikel 285-verklaring laten opstellen bij de gemeente⁹ en tezamen met deze verklaring een verzoekschrift indienen bij de rechtbank. De rechter beslist vervolgens aan de hand van een aantal criteria over de toelating tot de wettelijke saneringsregeling, de hoogte van het aflossingsbedrag en de duur van de sanering. Twijfel aan de moraliteit en goede trouw van de schuldenaar kunnen bijvoorbeeld een grond vormen om het verzoek niet te honoreren.

Eenmaal toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling breekt er een zware periode van doorgaans drie jaar aan voor de schuldenaar/saniet. In beginsel vallen alle goederen, waaronder het inkomen, in de boedel. De bewindvoerder draagt hier zorg voor. Voor schuldenaren met een uitkering wordt er een bedrag vrijgelaten ter hoogte van 95% van de bijstandsnorm, terwijl dit voor werkende sanieten 100% bedraagt. Van dit bedrag moet de saniet zijn vaste lasten betalen en zorgen voor levensonderhoud. Tevens is er een postblokkade van kracht hetgeen kan worden aangemerkt als een inbreuk op de privacy van de saniet, maar die nodig is in verband met het achterhalen van verborgen inkomsten e.d. Na het doorlopen van dit zware en langdurige traject wordt de schuldenaar verlost van zijn uitzichtloze situatie.

De beëindiging van de schuldsaneringsregeling en het verlenen van een schone lei wordt door de rechter uitgesproken in het geval de saniet de afspraken in het saneringsplan is nagekomen en de gestelde termijn is verstreken. De resterende schulden worden niet kwijtgescholden, maar omgezet in natuurlijke verbintenissen. De norm blijft dat men schulden behoort af te betalen, echter dit kan niet meer in rechte worden afgedwongen door de schuldeisers.

⁹ Stichting Modus Vivendi, een particuliere schuldhelpverleningsinstantie, is onder auspiciën van het Ministerie van Justitie ook gecertificeerd om deze verklaring op te stellen.

10.2.4 *Het minnelijke traject*

Zoals eerder aangegeven is voor de toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling vereist dat er is gepoogd om een minnelijke – dat wil zeggen een buitengerechtelijke en vrijwillige – regeling met de schuldeisers te treffen, artikel 285 lid 1 sub e Faillissementswet. Hierdoor wordt de instroom in de wettelijke schuldsaneringsregeling kwalitatief en kwantitatief direct beïnvloed door de mate waarin en de wijze waarop het minnelijke traject erin slaagt vrijwillige regelingen tot stand te brengen. Hierna volgt in het kort een beschrijving van de minnelijke regeling.

Een verzoek tot toepassing van het minnelijke traject vindt plaats bij de gemeente. Deze instantie is verantwoordelijk voor het aanbod van schuldhulpverlening, maar op welke wijze deze zorgplicht wordt vorm gegeven, wordt geheel overgelaten aan het lokale bestuur. Om deze reden zijn er grote verschillen tussen de gemeenten. Vaak is het afhankelijk van de financiën die de gemeente er beschikbaar voor stelt op welke wijze aan het aanbod van de schuldhulpverlening uitwerking is gegeven.

In het gehele traject komen er verschillende gemeentelijke instanties aan te pas, zoals de gemeentelijke kredietbank, de sociale dienst, algemeen maatschappelijk werk en/of een particuliere schuldhulpverleningsorganisatie, afhankelijk van de vraag aan welke instantie de betreffende gemeente gedelegeerd heeft. De gemeentelijke kredietbank wordt het meest ingeschakeld in het kader van de schuldhulpverlening. Schuldbemiddeling en schuldsanering vormen de voornaamste middelen waarmee de kredietbank te werk gaat. In het eerste geval wordt er door de schuldhulpverlener getracht een betalingsregeling te treffen met de diverse schuldeisers. Hierbij worden de schuldeisers na afloop van de looptijd uitbetaald. Bij een schuldsanering wordt het schuldpakket van de schuldenaar bij aanvang volledig afgelost middels een saneringskrediet verstrekt door de kredietbank. Alle schuldeisers worden dus (gedeeltelijk) betaald en vervangen door één schuldeiser aan wie de schuldenaar maandelijks moet aflossen. In de praktijk is naar voren gekomen dat de totstandkoming van het minnelijke traject een langdurige en moeizame manier is om schuldsituaties op te lossen: één schuldeiser zou de regeling al kunnen frustreren. De schuldeisers weigeren vaak vrijwillig hun medewerking te verlenen en een gedeelte van de schuld kwijt te schelden.

Onderdeel van de aanpak van problematische schulden is de ‘integrale schuldhulpverlening’. Deze kenmerkt zich door tegelijkertijd aan financieel-technische en psychosociale oplossingen te werken en beoogt nauwe samenwerking tussen de betrokken instellingen te realiseren.¹⁰ De schuldhulpverleningsorganisaties hebben verschillende instrumenten tot hun beschikking, zoals het treffen van een schuldregeling, budgetbegeleiding, psychosociale

¹⁰ Jungmann, Niemeyer & Ter Voort 2001, p. 23 (zie noot 7).

begeleiding en, afhankelijk van de gemeente, een beroep op een schuldenfonds / bijzondere bijstand. Bij het mislukken van het totstandkomen van een minnelijk traject en bij de toelating van de schuldenaar tot de wettelijke schuldsaneringsregeling wordt de budgetbegeleiding of psychosociale begeleiding vaak stopgezet en laat men het verder over aan de gerechtelijke instanties en bewindvoerders.

10.2.5 De schuldhulpverleningsketen

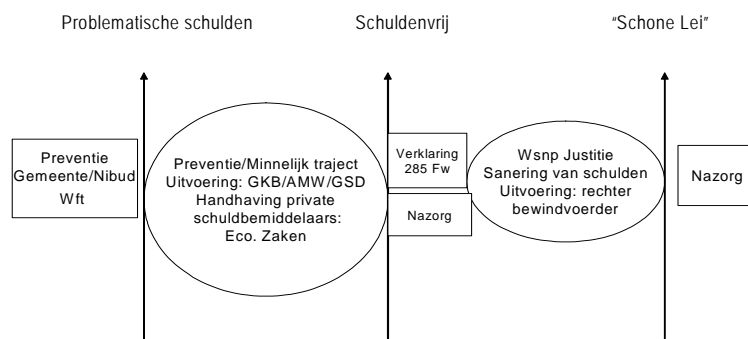
In figuur 1.1 staat de schuldhulpverleningsketen schematisch weergegeven. De keten in zijn geheel begint bij het voorkomen van het ontstaan van problematische schuldsituaties. Preventie staat dus voorop: de Wet op het financieel toezicht (hierna de 'Wft') speelt hierbij een grote rol. In de Wft zijn een aantal verantwoordelijkheden en verplichtingen van financiële dienstverleners vastgelegd om overkreditering van schuldenaren te voorkomen. In de volgende par. zal hier dieper op ingegaan worden.

In geval er toch problematische schulden ontstaan, kan de schuldenaar een beroep doen op het minnelijke traject. De schuldenaar kan bijvoorbeeld terecht bij de gemeentelijke kredietbank (GKB), het algemeen maatschappelijk werk (AMW) en/of de gemeentelijke sociale dienst (GSD). Op welke wijze aan het minnelijke traject uitwerking is gegeven, is afhankelijk van het gemeentelijke beleid. Indien het minnelijke traject mislukt, kan er bij de gemeente een artikel 285-verklaring verkregen worden, waarmee de schuldenaar via de rechter een beroep kan doen op de Wsnp. Met de uitvoering van deze wet is het Ministerie van Justitie belast en de Raad voor Rechtsbijstand (RvR) in 's-Hertogenbosch. De RvR heeft onder andere tot taak om toezicht te houden op de kwaliteit van de bewindvoerders in het wettelijke traject, hetgeen door de overheid gesubsidieerd wordt.¹¹

Uit een positief resultaat van het minnelijke of het wettelijke traject vloeit een schuldenvrij bestaan voort voor de schuldenaar. Dit kan uiteraard alleen gerealiseerd worden als er gepaste nazorg verleend wordt. Om te voorkomen dat de (ex-)schuldenaar weer problematische schulden aangaat, eindigt de keten daarom met het verlenen van nazorg. Zie figuur 1.1.

¹¹ Raad voor Rechtsbijstand, *Beleidsplan Wsnp 2005-2008*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 9.

Figuur 1.1



Bron: *Kamerstukken II* 2005/06, 24 515, nr. 71, p. 7. (Nota 'Het Rijk rond schulden')

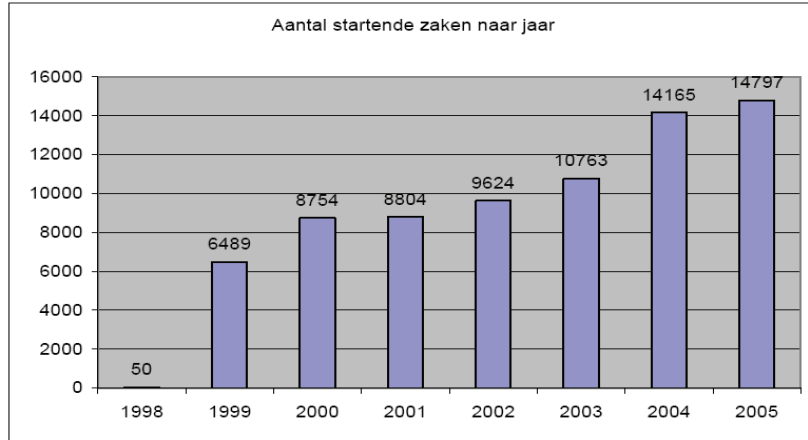
10.2.6 Cijfers

Tussen de start van de Wsnp in 1998 en 1 januari 2006 zijn er bijna 70.000 schuldsaneringen uitgesproken. Jaarlijks worden er steeds meer schuldenaren toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. In 2006 is dit aantal opgelopen tot ongeveer 14.800.¹² De gemiddelde schuld van particulieren ligt hierbij rond de € 30.000, terwijl bij de zelfstandige ondernemers de schuldenlast gemiddeld € 110.000 bedraagt.¹³ Uit deze gegevens kan worden geconcludeerd dat er een steeds groter beroep op de wettelijke schuldsaneringsregeling wordt gedaan en de bijbehorende schulden neigen toe te nemen. Dit kan gezien worden als een zorgwekkende ontwikkeling: de groei van het aantal personen met problematische schulden dient tegengegaan te worden. Evenzeer is een groter beroep op de wettelijke schuldsaneringsregeling duidelijk ongewenst aangezien het capaciteitsproblemen bij de rechterlijke macht veroorzaakt. Deze problemen en meer zullen hierna besproken worden.

¹² Zie figuur 1.2.

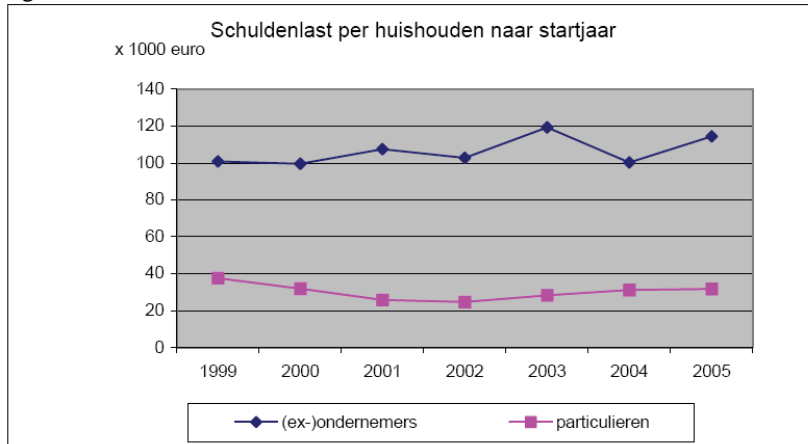
¹³ Zie figuur 1.3.

Figuur 1.2



Bron: M. von Bergh, H. Moors, R. Vriesendorp & W. Keukens, *Monitor Wsnp: tweede meting*, Tilburg: IVA 2006, p. 15.

Figuur 1.3



Bron: M. von Bergh, H. Moors, R. Vriesendorp & W. Keukens, *Monitor Wsnp: tweede meting*, Tilburg: IVA 2006, p. 18.

10.3 Doelmatigheid van de Wsnp en de neveneffecten van ondersteuning door de overheid

10.3.1 Algemeen

De overheid heeft zich met de komst van de Wsnp toegelegd op ondersteuning van private handhaving in de schuldenproblematiek. Bijna negen jaar na de inwerkingtreding van de wettelijke schuldsaneringsregeling kan er gezegd worden dat de interventie niet de gewenste vruchten afwerpt. In het hiernavolgende zal uitvoerig worden ingegaan op vragen als: Zijn de door de overheid nagestreefde doelen wel bereikt? Zo ja, in welke mate? Zo nee, wat zijn de oorzaken van het falen ervan?

10.3.2 Doelmatigheid van de Wsnp

De eerste doelstelling van de wettelijke schuldsaneringsregeling – het voorkomen dat een natuurlijke persoon met een problematische schuldsituatie tot in de lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd wordt – is in wezen bereikt. Maar liefst 71 % van de Wsnp gerechtigden verkrijgt een schone lei.¹⁴ Dit percentage laat zien dat het wettelijke traject voor een grote meerderheid het einde van een periode met hoge schulden betekent.

Hier staat tegenover dat de toepassing van de Wsnp een ongewenst neveneffect heeft: de overbelasting van de rechterlijke macht. Doordat het wettelijke traject aantrekkelijker is gebleken dan het minnelijke traject (zoals in het hiernavolgende zal blijken), is er een steeds grotere toeloop naar de wettelijke schuldsaneringsregeling. Als gevolg hiervan wordt de rechterlijke macht geconfronteerd met grote aantallen Wsnp-zaken, waardoor de kwaliteit van de schuldhulpverlening niet gewaarborgd kan worden.

Wat betreft de tweede doelstelling van de Wsnp, het terugdringen van het aantal faillissementen van natuurlijke personen, kan niet zonder meer een conclusie getrokken worden. Na een daling van het aantal faillissementen net na de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling is het aantal na 1999 jaarlijks gegroeid.¹⁵ De invloed van algemene economische en conjuncturele ontwikkelingen, zoals stagnatie in deze periode, en de stand van zaken betreffende de schuldhulpverlening in zijn geheel maken dat over de effectiviteit van de Wsnp op dit punt moeilijk conclusies zijn te trekken.¹⁶ Vooralsnog groeit het aantal faillissementen van natuurlijke personen en is de Wsnp hierop van minimale invloed gebleken.

Ten aanzien van de laatste doelstelling, de stok – achter – de – deur functie van de Wsnp, kan geconstateerd worden dat deze in zijn geheel niet gereali-

¹⁴ M. Von Bergh e.a., *Monitor Wsnp: tweede meting*, Tilburg: IVA 2006, p. 52.

¹⁵ Jungmann 2006, p. 136 (zie noot 2).

¹⁶ Von Bergh e.a. 2006, p. 52 (zie noot 4).

seerd is. Met de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling is met name beoogd om de bereidheid van schuldeisers om mee te werken aan de totstandkoming van een minnelijke regeling te bevorderen. Dit moest vooral worden verwezenlijkt door het wettelijke traject minder aantrekkelijk te maken dan het minnelijke traject. De schuldeisers zouden een wettelijke regeling niet kunnen ontlopen en daardoor vaker instemmen met een minnelijk akkoord. Het tegengestelde is gebeurd.¹⁷ De afgelopen jaren is de bereidheid van schuldeisers om medewerking te verlenen aan het minnelijke traject drastisch gedaald. Slechts 9% van alle aanvragen resulteert in vrijwillige schuldhulpverlening, terwijl voorheen – vóór de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling – de helft van het aantal aanvragen in een minnelijk akkoord uitmondde.¹⁸ Dit is, naast de overbelasting van de rechterlijke macht, een tweede onverwacht neveneffect van de invoering van de Wet schuldsanering natuurlijke personen.

Voor de mislukking van de ‘stok achter de deur’-functie zijn een aantal oorzaken aan te wijzen. Ten eerste biedt het wettelijke traject een alternatief voor de minnelijke regeling en kan daardoor gezien worden als een ‘concurrent’. In markttermen kan gezegd worden dat de monopoliepositie van de minnelijke schuldhulpverlening met de komst van de Wsnp is aangetast. Omdat er nu een alternatief is, halen schuldhulpverleners niet meer het onderste uit de kan om een minnelijke regeling tot stand te brengen.¹⁹ Dit, terwijl dit voor de realisatie van een vrijwillig akkoord hard nodig is, aangezien hierboven is gebleken dat dit voor de komst van de Wsnp ook al moeizaam tot stand kwam. Met de komst van de Wsnp hebben de schuldenaar en schuldhulpverleners als het ware een keuzemogelijkheid achter de hand en zij maken hier dan ook snel gebruik van als één van de schuldeisers moeilijk doet. Het wordt dus niet gebruikt als een ‘stok achter de deur’-functie voor schuldeisers om vaker mee te werken aan minnelijke schuldregelingen. Het werkt eerder als een ‘stok naar de deur’ waarbij het wettelijke traject de zwakke plekken van het minnelijke traject heeft blootgelegd. Het minnelijke traject wordt steeds meer beschouwd als een noodzakelijk ‘voortraject’ dat eerst afgelegd moet worden om vervolgens tot de wettelijke schuldsaneringsregeling te kunnen toetreden. De wisselwerking met het minnelijke traject is zodoende mislukt.

Ten tweede hebben schuldeisers meer vertrouwen in het wettelijke traject dan in het minnelijke traject. Dit heeft er toe geleid dat het slagingspercentage van het minnelijke traject is gedaald. De meeste schuldeisers beschouwen de wettelijke schuldsanering namelijk als een aantrekkelijk alternatief: er wordt toezicht gehouden op de saniet door een rechter-commissaris en bewindvoerder.

¹⁷ Raad voor Rechtsbijstand, *Blauwdruk voor schuldsanering*, ‘s-Hertogenbosch 2005, p. 2.

¹⁸ Raad voor Rechtsbijstand, *Blauwdruk voor schuldsanering*, ‘s-Hertogenbosch 2005, p. 2.

¹⁹ Jungmann 2006, p. 159 (zie noot 2).

Hierdoor hebben de schuldeisers meer zekerheid in het wettelijke traject en prefereren zij dit boven het minnelijke traject.²⁰ Bovendien heeft de schuldeiser minder vertrouwen in het minnelijke traject, doordat er te weinig inzicht in de verschillen (voor- en nadelen) tussen het minnelijke en wettelijke traject bestaat. Het is voor de schuldeiser niet duidelijk wat een minnelijke regeling financieel oplevert vergeleken met een wettelijke schuldsanering, waardoor hij het vaker laat aankomen op het wettelijke traject. Doordat de crediteur daarnaast onvoldoende zicht heeft op de neutraliteit van de minnelijke schuldhelpverlener, ziet hij deze niet als een bemiddelaar, maar als iemand die enkel de belangen van de debiteur verdedigt. Er is dus in zekere mate sprake van een informatieasymmetrie tussen de schuldhelpverleners en schuldeisers hetgeen in het nadeel van het minnelijke traject werkt.

De consistente weigeraars in het minnelijke traject vormen eveneens een prominent probleem, zoals het CJIB voor strafrechtelijke boetes en de IB-Groep.²¹ In het minnelijke traject belemmeren zij de totstandkoming van een schuldenregeling aangezien vereist is dat alle crediteuren hun vrijwillige medewerking verlenen. Bovendien zijn er de afgelopen jaren per consument meer schuldeisers, omdat particulieren steeds vaker zijn gaan lenen. Hierdoor is er een grote kans dat één van de schuldeisers niet mee wil werken aan een minnelijk akkoord en er een beroep gedaan wordt op de wettelijke schuldsaneringsregeling waar schuldeisers wél gedwongen kunnen worden.

Als laatste zijn de lange wachttijden in het minnelijke traject reden tot het mislukken van pogingen om vrijwillige schuldenregelingen tot stand te brengen. Er wordt ten gevolge van de groeiende schuldenproblematiek steeds vaker een beroep gedaan op de schuldhelpverlening. Het aanbod is echter kleiner dan de vraag. Vaak duurt het maanden voordat duidelijk is of er een minnelijk akkoord gerealiseerd kan worden, mede omdat schuldeisers niet reageren op de verzoeken van de schuldhelpverlener. Wachttijden van 6 tot 12 maanden zijn eerder regel dan uitzondering. Deze periode is vanzelfsprekend té lang en zorgt dan ook voor onbegrip en frustratie bij partijen. Hierdoor slaagt het minnelijke traject niet en staat de weg naar de Wsnp vrij, waar schuldeisers door de rechter in een redelijk korte periode gedwongen kunnen worden hun medewerking te verlenen.

Het wettelijke traject zou dus de bereidheid van schuldeisers om mee te werken aan het minnelijke traject moeten vergroten, echter, het is hiervoor een ondeugdelijk instrument gebleken, omdat het juist *incentives* biedt om 'nee' te zeggen tegen een minnelijk akkoord.

²⁰ Jungmann 2006, p. 160 (zie noot 2).

²¹ Raad voor Rechtsbijstand, *Beleidsplan Wsnp 2005-2008*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 7.

10.3.3 *Schuldeisers*

Uit het voorgaande is naar voren gekomen dat schuldeisers een grote rol spelen in de schuldenproblematiek en dus ook bij het voorkomen (ex ante) en oplossen (ex post) van dit probleem. Echter, er is in de praktijk gebleken dat schuldeisers geen grote belangen hebben bij het beperken van de schuldenproblematiek. Zij hebben namelijk veelal weinig te verliezen. Niet te innen vorderingen worden aangemerkt als een acceptabel ondernemersrisico en worden al snel afgeschreven. Het verstrekken van kredieten en gevallen van wanbetaling zijn gedekt via verzekeringen en kunnen zelfs fiscale voordelen opleveren.²²

Schuldeisers treffen in de regel uit zichzelf geen ingrijpende preventieve maatregelen en ook bij de totstandkoming van minnelijke en wettelijke schuldenregelingen gaan zij doorgaans terughoudend en passief te werk. Zoals hierboven aangestipt, reageren zij vaak niet op verzoeken van schuldhulpverleningsinstanties om schulden op te geven, weigeren zij hun medewerking te verlenen bij het treffen van een akkoord of hanteren zij zelfs beleid om helemaal geen medewerking aan het minnelijke traject te verlenen. Bijkomend probleem is dat er velerlei soorten schuldeisers bestaan, van banken tot woningcorporaties en van particulieren tot overheidsinstellingen. Hierdoor bestaan er grote afwijkingen in de wijze waarop er wordt omgegaan met problematische schulden.

Er kan geconcludeerd worden dat schuldeisers niet snel maatregelen zullen treffen om schulden te voorkomen. Uit het oogpunt van efficiëntie en kosten/baten analyse kan gezegd worden dat het nihil maken van wanbetalingen hen meer zal kosten dan opleveren. Daarom zullen schuldeisers overgehaald of gedwongen moeten worden om aan de hand van bepaalde regels maatregelen te treffen om overmatige schulden te voorkomen.

10.3.4 *Kredietverstrekkers: veroorzaker van schulden?*

Kredietverstrekkers worden regelmatig aangewezen als (mede)veroorzaker van problematische schulden. Is deze beschuldiging wel terecht? In het hiernavolgende zal worden ingegaan op deze vraag en zal getracht worden het onderwerp in het licht van de financieringsmaatschappijen te brengen en de tekortkomingen te bespreken.

Vast staat dat kredieten in de meeste schuldenpakketten aanwezig zijn en een prominent deel uitmaken van de totale schuldenlast.²³ Financiële dienstverleners verstrekken vaak leningen. De kredietverstrekkers zijn op het moment van het afsluiten van leningen echter onvoldoende op de hoogte van andere

²² Raad voor Rechtsbijstand, *Blauwdruk voor schuldsanering*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 3.

²³ Raad voor Rechtsbijstand, *Beleidsplan Wsnp 2005-2008*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 7.

schulden van de debiteur. Er bestaat geen duidelijke norm voor de kredietverstrekkers waaraan zij zich van tevoren moeten houden om te kunnen voorkomen dat zij het risico van wanbetaling lopen. Bij het toetsen van de kredietwaardigheid van de aanvrager wordt er onder andere gekeken naar de hoogte van het inkomen van de aanvrager en het (onvolledige) schuldenregister van de Bureau Krediet Registratie,²⁴ maar het achterhalen van alle reeds bestaande schulden is hiermee niet mogelijk. De nieuwe lening wordt door de debiteur vaak aangewend om een oude schuld af te lossen, terwijl het bestedingspatroon niet wordt aangepast.²⁵ Dit leidt op den duur vaak tot een problematische schuldsituatie. De crux zit hem dus in het gebrek aan informatie aan de aanbodzijde van de markt. De financieringsmaatschappijen kunnen momenteel bij het afsluiten van een lening onmogelijk achterhalen hoeveel schulden de debiteur reeds in totaal heeft. Gevolg is het stapelen van schuld op schuld. Dit vormt mogelijk het grootste probleem. Zodoende dient deze informatieasymmetrie voorkomen te worden en behoren het aantal en de hoogte van de schulden inzichtelijk gemaakt te worden.

10.3.4.1 Wet op het financieel toezicht

Op 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht (Wft) inwerking getreden. Deze wet regelt het toezicht op de financiële sector in Nederland en bestaat uit zes onderdelen. Het deel 'Gedragstoezicht financiële ondernemingen' beoogt onder meer een evenwichtige verhouding tussen kredietverstrekkers en consumenten te realiseren. Het vervangt daarmee de Wet financiële dienstverlening²⁶ die van kracht was sinds 1 januari 2006. Ondanks het feit dat financieringsmaatschappijen beter kunnen beoordelen welke financiële risico's een afnemer loopt, lag voorheen de verantwoordelijkheid voor het aangaan van kredieten volledig bij de consument.²⁷ Om deze ongelijkheid enigszins op te heffen, zijn in de Wft een aantal verantwoordelijkheden en plichten van financiële dienstverleners vastgelegd om overkreditering te voorkomen.²⁸

Informatieplicht

Kredietverstrekkers dienen de consument adequate informatie te verschaffen en hierbij zorgvuldig te adviseren, zodat de consument goed weet welke verplichtingen aangegaan worden. Het is tevens verboden om door middel van misleidende en agressieve reclames consumenten tot het aangaan van kredieten aan te zetten.

²⁴ Over het Bureau Krediet Registratie volgt hierna meer.

²⁵ R. Bruins, 'Schuldhelpverlening is een failliete boedel', *Banking Review* oktober 2006, p. 23.

²⁶ Naast de Wet financiële dienstverlening (dat onder meer de Wet op het consumentenkrediet heeft vervangen) vervangt de Wft nog zeven andere toezichtwetten, waaronder de Wet toezicht kredietwezen 1992.

²⁷ Jungmann 2006, p. 142 e.v. (zie noot 2).

²⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, nr. 34 en nr. 41.

Kredietwaardigheidstoets

Op grond van artikel 4:34 Wft jo. artikel 113 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft moeten financiële dienstverleners altijd beoordelen of het aangaan van krediet verantwoord is in het kader van het gevaar van overkreditering. In het geval het aangaan van de kredietovereenkomst riskant kan zijn, dan mag de kredietverstrekker hiertoe niet overgaan.²⁹ Om een zorgvuldige afweging te kunnen maken, zal de kredietverstrekker daarom eerst informatie moeten inwinnen over de financiële positie van de consument alvorens een overeenkomst wordt aangegaan. Consumenten dienen getoetst te worden op hun kredietwaardigheid. Hiertoe dienen aanbieders van kredieten verplicht het Bureau Krediet Registratie te raadplegen ex artikel 114 van het hiervoor genoemde besluit.

Verlaging maximale kredietvergoeding

De maximale kredietvergoeding die door de kredietverstrekker in rekening gebracht wordt in de vorm van rente bij de aflossing van krediet, is verlaagd van 21% naar 16%. Dit betekent dat kredietverstrekkers een nauwkeurige selectie moeten toepassen bij het verstrekken van kredieten, omdat zij nu een minder omvangrijke reserve hebben voor het risico van wanbetalers.

Vergunning en toezicht

Zowel kredietaanbieders als kredietbemiddelaars dienen ingevolge de Wft te beschikken over een vergunning. De Autoriteit Financiële Markten houdt toezicht op de naleving van de Wft en kan in geval van overtredingen boetes en dwangsommen opleggen. Of de AFM ook daadwerkelijk nauwgezet en actief als toezichthouder optreedt, zal verderop in deze bijdrage naar voren komen.

Bovengenoemde maatregelen vormen positieve ontwikkelingen om overkreditering te voorkomen. Het is echter nog te kort dag om de effecten ervan te kunnen meten.

Bij de beoordeling of het aangaan van een krediet voor een consument verantwoord is, speelt de raadpleging van het register van het BKR een belangrijke rol.

10.3.4.2 Het Bureau Krediet Registratie

Het Bureau Krediet Registratie (BKR) zou bij de oplossing van het gebrek aan gegevens een grote rol kunnen spelen. Momenteel registreert het BKR nog lang niet alle leningen en bovendien slechts vanaf een hoog bedrag. Betalingsachterstanden bij huur, hypotheek, energiebedrijven, zorgverzekeraars en belastingschulden ontbreken bijvoorbeeld in de schuldenregistratie.³⁰ Andere schulden worden vanaf een bedrag van € 1000 geregistreerd. Het is derhalve van belang dat alle schulden geregistreerd kunnen worden in een sys-

²⁹ Kamerstukken I 2006/07, 29 942, nr. C, p. 3.

³⁰ Kamerstukken II 2005/06, 24 515, nr. 73.

teem dat door financieringsmaatschappijen geraadpleegd kan worden en vanaf een lager bedrag. Woningcorporaties, energiebedrijven, telefoniebedrijven, et cetera moeten dan wel hun medewerking verlenen en eventuele schulden van afnemers boven een bepaald bedrag doorspelen zodat deze centraal geregistreerd kunnen worden. Wellicht zou het dan ook beter zijn om het BKR op nationaal niveau te regelen in plaats van dit geheel aan het bedrijfsleven over te laten. Onlangs is door minister Zalm van Financiën het toetsingsbedrag van kredieten verlaagd tot een bedrag van € 250 hetgeen kan worden aangemerkt als een positieve ontwikkeling, omdat dit een betere weergave geeft van de totale hoogte van de schuld.³¹

Het voordeel van een uitgebreide schuldenregistratie zou kunnen zijn dat bij een juist gebruik hiervan de resterende leencapaciteit van de schuldenaar berekend kan worden en aan de hand daarvan besloten kan worden over te gaan tot kredietverstrekking.

10.3.5 Andere zwakke punten

Naast de hierboven naar voren gebrachte problemen van de wettelijke schuldsaneringsregeling in samenhang met het minnelijke traject en de problemen met betrekking tot preventie aan de kant van de schuldeisers, zijn er ook zwakke punten in de wettelijke saneringsregeling zelf die voor problemen zorgen en voor verbetering vatbaar zijn.

10.3.5.1 Het vereiste van de goede trouw

Het vereiste van de goede trouw houdt in dat een schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden geen enig verwijt kan worden gemaakt³² en vormt een belemmering voor schuldenaren die niet te goeder trouw zijn om toegelaten te worden tot het wettelijke traject, zoals schuldenaren met psychosociale en verslavingsproblemen. Zij worden uitgesloten van toelating tot de schuldsaneringsregeling, omdat zij ten aanzien van het ontstaan van schulden niet te goeder trouw zijn. Een oplossing hiervoor zou kunnen zijn om deze schuldenaren toch toe te laten tot de Wsnp in het geval zij de problemen die ten grondslag liggen aan hun schulden onder controle hebben gekregen of bijvoorbeeld voldoende hulpverlening hebben. De vraag is of dit standpunt politiek en maatschappelijk draagvlak kan vinden, aangezien dit soort schuldenaren niet tot de doelgroep van de Wsnp behoren.

10.3.5.2 Duurzaamheid van de schone lei

In het geval er sprake is van een structureel gedragsprobleem of een onbalans in inkomsten en uitgaven, is een wettelijk traject alleen onvoldoende, omdat

³¹ *Kamerstukken II* 2005/06 29 507, nr. 33, p. 1.

³² Jungmann, Niemeyer & Ter Voort 2001, p. 12 (zie noot 7).

het risico bestaat dat de schuldenaar na het doorlopen van het traject weer in de schulden vervalt. Uit onderzoek is gebleken dat 14% van de particulieren en 15% van de ex-ondernemers die de Wsnp met een schone lei hebben afgesloten in korte tijd weer in schulden verkeren.³³ Slechts 8 % heeft nazorg gekregen. Noodzakelijke vormen van begeleiding, zoals budgetbegeleiding, budgetbeheer en psychosociale hulp, ontbreken in het wettelijke traject waardoor het onzeker is of een schone lei wel een duurzaam karakter zal hebben. Het wettelijke traject schiet dus ook op het punt van de nazorg tekort.

Gezien de huidige tekortkomingen van het wettelijke en het minnelijke traject is het wenselijk dat de overheid in deze situatie ingrijpt en maatregelen treft om tot een effectieve schuldsaneringsregeling te komen. Het wetsvoorstel tot wijziging van de wettelijke schuldsaneringsregeling dat in de navolgende par. aan bod zal komen, vormt een belangrijk onderdeel bij de verwezenlijking hiervan.

10.4 Aanpassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen

10.4.1 Algemeen

In mei 2003 werd de Commissie Insolventierecht door de Minister van Justitie verzocht te adviseren over de mogelijkheden tot

‘zodanige aanpassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling dat deze op efficiënte en doeltreffende wijze beantwoordt aan de doelstellingen die destijds met haar inwerkingtreding waren beoogd.’³⁴

Hiertoe is de subcommissie ‘Schone Lei II’ ingesteld. In deze par. worden de aanpassingen die de Wsnp met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel te wachten staan, besproken. Ook de verwachte effecten zullen de revue passeren.

10.4.2 Wetsvoorstel 29 942

Op 31 oktober 2006 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de herziening van de wettelijke schuldsaneringsregeling (wetsvoorstel 29 942) aangenomen door de Tweede Kamer, gevolgd door de Eerste Kamer op 22 mei 2007. Inmiddels is het wetsvoorstel tot wet verheven³⁵ en deze zal per 1 januari 2008 in werking treden.³⁶ De wetswijziging

³³ Von Bergh, e.a. 2006, p. 44 (zie noot 4).

³⁴ S.C.J.J. Kortmann, *Advies Commissie Schone Lei II*, 2004 p. 1.

³⁵ Stb. 2007/192 (Wet van 24 mei 2007 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen).

omvat twee doelen.³⁷ De eerste doelstelling is het substantieel beperken van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Dit wordt bewerkstelligd door bij de toegangspoort van de schuldsaneringsregeling strengere toelatingseisen te hanteren, zodat de instroom in de Wsnp beperkt blijft tot de beoogde doelgroep. Hierdoor zullen er minder schuldenaren in de Wsnp komen te zitten en dat betekent weer een ontlasting van de rechterlijke macht. De tweede doelstelling is om de procedure te vereenvoudigen. De vereenvoudiging van de regels zou tevens minder belastend voor de rechters kunnen werken. Hieronder zullen de belangrijkste wijzigingen besproken worden.

10.4.2.1 Invoering van een dwangakkoord

Met de wetwijziging wordt een zogenoemde gedwongen schuldregeling (een dwangakkoord) geïntroduceerd ex artikel 287a Faillissementswet. Schuldeisers die op 'kennelijk onredelijke gronden' weigeren mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord kunnen worden gedwongen tot medewerking via een verzoek van de schuldenaar aan de rechter.³⁸ Bij het criterium van de kennelijke onredelijkheid zijn bij de rechterlijke toetsing meerdere gezichtspunten relevant.³⁹ In de memorie van toelichting heeft de wetgever die gezichtspunten ook opgesomd om de praktijk meer houvast en rechtszekerheid te bieden. De rechter kan bij het opleggen van een dwangakkoord inspiratie putten uit de volgende (niet-uitputtende) lijst:⁴⁰

- 'is het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank of een andere deugdelijke schuldhulpverleningsinstantie);
- is voldoende duidelijk gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht;
- biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldenaar;
- biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldeiser: hoe groot is de kans dat de weigerende schuldeiser dan evenveel of meer zal ontvangen;
- is aannemelijk dat gedwongen medewerking aan een schuldregeling voor de schuldeiser concurrentieverstorend werkt;
- bestaat er precedentwerking voor vergelijkbare gevallen;
- wat is de zwaarte van het financiële belang dat de schuldeiser heeft bij volledige nakoming;
- hoe groot is het aandeel van de weigerende schuldeiser in de totale schuldenlast;

³⁶ Stb. 2007/222.

³⁷ Von Bergh e.a. 2006, p. 3 e.v. (zie noot 4).

³⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 34.

³⁹ *Jaarboek Schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 111 e.v.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3 p. 17 en 18.

- staat de weigerende schuldeiser alleen naast de overige met de schuldregeling instemmende schuldeisers;
- is er eerder een minnelijke of een gedwongen schuldregeling geweest die niet naar behoren is nagekomen.’

Het minnelijke akkoord moet dus met voldoende waarborgen omkleed zijn en het moet er naar uitzien dat de schuldenaar dit akkoord zal nakomen. De verwachting is dat met de invoering van het dwangakkoord het minnelijke traject zal worden versterkt.⁴¹ Schuldeisers zullen eerst een goede afweging moeten maken alvorens een minnelijk akkoord te weigeren: de rechter kan de schuldeiser immers alsnog dwingen akkoord te gaan indien hij op onredelijke gronden weigert. Op deze wijze zullen er vaker minnelijke regelingen tot stand komen en de bedoeling is dat daardoor het beroep op de Wsnp zal verminderen.

10.4.2.2 De opschorting van ontruimingsvonnissen

De wetswijziging biedt de schuldenaar daarnaast de mogelijkheid een ‘minnelijk moratorium’ als afkoelingsperiode ex artikel 287b Faillissementswet te verzoeken bij de rechtbank. Dit kan bij dreigende noodsituaties, zoals bij een gedwongen woningontruiming, bij een dreigende afsluiting van gas, water of elektra en bij een ontbinding of opzegging van de zorgverzekering.⁴² Ook als bij een huisuitzetting een ontruimingsvonnis is uitgesproken voordat het wettelijke traject is begonnen, kan de huisuitzetting niet meer ten uitvoer worden gelegd als de lopende huur tijdens het saneringstraject wordt doorbetaald. Deze maatregel zal beletten dat de schuldenaar een slechte start maakt bij de toelating tot het wettelijke traject.

10.4.2.3 Vereenvoudiging van de procedure

Ook vereenvoudiging van de regels zou minder belastend voor de rechters kunnen werken. Hiertoe dragen in het bijzonder bij de schrapping van het verplichte saneringsplan en de voorlopige toelating.⁴³ Het saneringsplan heeft in de praktijk toch al weinig toegevoegde waarde en brengt veel administratieve rompslomp met zich mee voor de rechters en bewindvoerders. Hierdoor zal een schrapping van het saneringsplan efficiënt uitpakken, zonder dat er sprake is van een gemis hiervan. Tevens zal er meer gebruik gemaakt worden van de vereenvoudigde procedure hetgeen inhoudt dat schuldenaren voorlopig toegelaten worden tot de Wsnp in gevallen waarin dat noodzakelijk is. Dit zal oponthoud voorkomen en in het voordeel van de schuldenaar uitpakken.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 24 515, nr. 71, p. 22.

⁴² *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 100, p. 4.

⁴³ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 10.

10.4.2.4 Hogere eisen aan het toelatingsverzoek

Doordat het minnelijke traject niet goed werkt, is er een steeds grotere toeloop naar het wettelijke traject via de rechterlijke macht. De rechtbanken kunnen deze grote aantallen niet meer aan. De wetswijziging zou hier verandering in kunnen brengen middels strengere toelatingscriteria tot de Wsnp, waardoor de toegang beperkt wordt tot de beoogde doelgroep. Schuldenaren zullen voortaan zelf aannemelijk moeten maken dat zij het traject succesvol zullen doorlopen. Ook wordt het facultatieve vereiste van de goede trouw veranderd in een imperatieve afwijzingsgrond bij het ontbreken van de goede trouw. Daarnaast beschikt de rechtbank over ruimere bevoegdheden om gebrekkig gedocumenteerde verzoekschriften, zoals onvolledige verklaringen ex artikel 285 Faillissementswet, niet te honoreren. Dit zal waarschijnlijk leiden tot een betere kwaliteit van de artikel 285-verklaring die wordt opgesteld door de gemeente.

10.4.3 *Kritiek op de wetswijziging*

De wetswijziging zou, het bovenstaande in beschouwing genomen, tot een beperking van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling kunnen leiden en de werkdruk van de rechterlijke macht kunnen verminderen. Het is mijns inziens echter geen oplossing voor de bestaande schuldenproblematiek. Een deel van de personen met een uitzichtloze schuldsituatie kan dan namelijk geen gebruik meer maken van de Wsnp. Beperking van de toegang tot de schuldsaneringsregeling zonder tevens andere maatregelen te nemen, kan slechts tot gevolg hebben dat de problematische schuldsituaties onopgelost zullen blijven en wellicht ergere vormen zullen aannemen. Het betekent daarnaast dat schuldenaren enkel geholpen kunnen worden middels het minnelijke traject, terwijl deze schuldhulpverlening op gemeentelijk niveau zelf met diverse problemen te kampen heeft. De wetswijziging geldt immers enkel voor het wettelijke traject. Dit is dan ook de reden dat het buitengerechtelijke traject veel beter moet functioneren.

Een ander punt van kritiek komt vanuit de hoek van de Brancheorganisatie van Bewindvoerders (BBW).⁴⁴ Deze stelt zich op het standpunt dat de werkdruk van de rechterlijke macht juist zal toenemen naar aanleiding van de wetswijziging. Verwacht wordt namelijk dat er veel verzoeken tot het opleggen van dwangakkoorden zullen worden ingediend bij de rechtbank, wat dus geen vermindering van de werkdruk zal opleveren, aldus de BBW.

Hier hoeft echter niet voor gevreesd te worden volgens de Tweede Kamer en de rechterlijke macht.⁴⁵ Het doen van een uitspraak op dit eenmalige verzoek kost immers aanzienlijk minder tijd dan het gedurende drie jaar afhandelen van een schuldsaneringsregeling. Zodoende kan aangenomen worden dat de

⁴⁴ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 1 e.v. (MvA).

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 9, p. 1 e.v.

wetswijziging daadwerkelijk een vermindering van de werkdruk van de rechterlijke macht zal betekenen.

10.5 Beleidsvoornemens Ministeries

10.5.1 Algemeen

De ministeries van Justitie, Financiën, Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Economische Zaken pakken de schuldenproblematiek in samenwerking met elkaar aan. Er wordt onder andere ingezet op maatregelen die zowel gericht zijn op preventie, als op het wettelijke en minnelijke traject zelf. Zo zijn er momenteel beleidsvoornemens om over te gaan tot certificering van schuldhulpverleningsinstanties en zijn er voorlichtingscampagnes gestart over het omgaan met geld.

10.5.2 Beleidsvoornemens Ministeries

Uitgangspunt van het kabinet is dat risicovolle schuldsituaties voorkomen dienen te worden. Hiertoe zijn de volgende beleidsvoornemens vastgesteld.

10.5.2.1 Het Ministerie van Financiën

Het Ministerie van Financiën heeft met de invoering van de Wet op het financieel toezicht maatregelen getroffen om overkreditering te voorkomen. Daarnaast ondersteunt dit ministerie het bestaande marktinitiatief om een uitgebreide schuldenregistratie te bewerkstelligen en zal het nagaan of ook de schulden aan overheidsinstanties geregistreerd kunnen worden.⁴⁶ Bovendien heeft het ministerie de bereidheid van de Belastingdienst toegezegd om de mogelijkheden te onderzoeken voor een meer actieve benadering om te voorkomen dat er problematische schulden ontstaan.⁴⁷

10.5.2.2 Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid financiert voorlichtingscampagnes voor jongeren om deze bewust te maken van de gevaren van het aangaan van leningen. De voorlichting in het onderwijs voor jongeren tot 23 jaar wordt verzorgd door het Nibud.⁴⁸ Daarnaast stelt dit ministerie structureel een bedrag van € 11,3 miljoen beschikbaar aan de gemeentes voor de financiering van het wettelijke traject⁴⁹ en ook ontvangen de gemeentes geld

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 38, p. 4.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 100, p. 3.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 100, p. 2.

⁴⁹ Jungmann 2006, p. 35 (zie noot 2).

om aan de hand van het Innovatieprogramma Werk en Bijstand vernieuwende projecten uit te voeren o.a. op het terrein van schuldhulpverlening.⁵⁰

10.5.2.3 Het Ministerie van Justitie

Het Ministerie van Justitie heeft het wetsvoorstel tot aanpassing van de Wsnp ingediend, dat inmiddels is aangenomen⁵¹ en op 1 januari 2008 in werking zal treden.

10.5.2.4 Interdepartementaal

De Ministeries van Economische Zaken en Sociale Zaken en Werkgelegenheid geven de voorkeur aan *vrijwillige* certificering van de particuliere schuldhulpverleningsorganisaties. Voor het project om schuldhulpverleningsorganisaties te stimuleren zich vrijwillig te laten certificeren is momenteel € 150.000 beschikbaar gesteld door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁵²

De inspanningen van de ministeries betreffende de samenhangende aanpak van de schuldenproblematiek vormen een positieve ontwikkeling, maar deze zijn mijns inziens niet afdoende om de schuldenproblematiek op een kwalitatief goed niveau te brengen. In de hier navolgende par. zal ik uiteenzetten op welke punten actie ondernomen moet worden, wil er volgens mij een stap dichterbij de ‘oplossing’ van de schuldenproblematiek zijn.

10.6 Aanbevelingen en conclusie

10.6.1 Algemeen

De Wet schuldsanering natuurlijke personen is een regeling met een grote impact. De schuldenaar kan een faillissement voorkomen door een beroep op de Wsnp te doen en kan zodoende van zijn crediteuren worden ‘bevrijd’. De schuldeisers moeten daarnaast genoegen nemen met de terugbetaling van een (klein) gedeelte van hun geld. De rechterlijke macht ziet zich geconfronteerd met grote aantallen Wsnp-aanvragen en kan de druk niet meer aan met als gevolg dat de wet haar draagvlak dreigt te verliezen. Kortom, heeft de overheid er eigenlijk wel goed aan gedaan om naast het reeds bestaande particuliere en gemeentelijke minnelijke traject met een wettelijk traject te komen?

⁵⁰ Raad voor Rechtsbijstand, *Beleidsplan Wsnp 2005-2008*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 25.

⁵¹ Stb. 2007/192.

⁵² *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 100, p. 3.

Mijns inziens heeft de overheid, de aanvankelijke intenties van de Wsnp in ogenschouw nemende, er goed aan gedaan de wettelijke schuldsaneringsregeling in te voeren. In het geval de schuldenaar er met het minnelijke traject namelijk niet uit kan komen (waartoe de kans zeer groot is), kan er niet gezegd worden: 'eigen schuld, dikke bult, zoek het verder zelf maar uit.' Dit zou in het kader van het armoedebelief van de overheid niet te verteren zijn. Er dient een sluitstuk te zijn op de minnelijke schuldhelpverlening, waarbij de notie van een wettelijke schuldsaneringsregeling een goede stimulans zou kunnen vormen. Wél dient het wettelijke traject drastisch aangepast te worden en dienen daarnaast aanvullende maatregelen getroffen te worden om tot een effectieve schuldsaneringsregeling te komen.

10.6.2 Preventie

Ten eerste dient de overheid preventieve maatregelen te treffen, om te voorkomen dat natuurlijke personen überhaupt in problematische schuldsituaties terechtkomen. Voorkomen is immers beter dan genezen.

De Wet op het financieel toezicht speelt hierbij, zoals hierboven reeds besproken, een grote rol. Om een evenwichtigere verhouding tussen de consument en de kredietverstrekker te realiseren en overkreditering te voorkomen, dienen agressieve kredietverstrekkers een halt toegeroepen te worden. Een uitgebreide en verplicht gestelde kredietwaardigheidstoets via het Bureau Krediet Registratie kan het te gemakzuchtig verstrekken van leningen aan consumenten voorkomen. Het voordeel van een uitgebreide schuldenregistratie zou kunnen zijn dat bij een juist gebruik hiervan de resterende leencapaciteit van de schuldenaar berekend kan worden en aan de hand daarvan al dan niet besloten kan worden over te gaan tot kredietverstrekking. Het BKR is voornemens om diverse schulden, zoals huur- en energieschulden, te gaan registreren.⁵³ Indien het verwachte positieve effect van dit initiatief van het BKR uitblijft, dienen er van overheidswege maatregelen getroffen te worden.

Daarnaast moeten misleidende kredietreclames op de televisie hard worden aangepakt. De Autoriteit Financiële Markten dient een lik – op – stuk beleid te gaan voeren, door middel van het sanctioneren met hogere boetes, het publiceren van de boetes⁵⁴ en eventueel het intrekken van vergunningen van instellingen die de regels blijven overtreden. Op dit moment is er een wetsvoorstel in voorbereiding waarmee de boetes, die nu nog € 6000 á € 30.000 bedragen, zullen worden verhoogd. Verwacht wordt dat het wetsvoorstel medio volgend jaar in werking zal treden.⁵⁵

⁵³ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 38, p. 4.

⁵⁴ Publicatie van de boete, zodat de naam van de malafide instelling bekend wordt, pretendeert een negatief effect en zal preventief werken.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 38, p. 4.

Momenteel wordt er in de Tweede Kamer zelfs gediscussieerd of er niet een algeheel verbod moet komen op tv-reclames voor leningen.⁵⁶ Mijns inziens gaat een algeheel verbod op tv-reclames voor leningen te ver: zo'n verbod zou in strijd kunnen zijn met het vrije handelsverkeer in de EU. Consumenten dienen informatie te kunnen inwinnen over de verschillende soorten leningen. In het geval van een algeheel verbod zouden burgers hierbij gehinderd kunnen worden op de vrije markt. Bovendien hoeft een dergelijk verbod niet zonder meer in het belang van de consument te zijn, omdat het zijn keuzemogelijkheden vermindert. Ik pleit er dan ook voor hier van af te zien.

10.6.2.1 Voorlichting

Naast de maatregelen met betrekking tot de Wft, dient de overheid ter preventie voorlichting te geven aan jongeren, zodat ze vroegtijdig bewust worden gemaakt van hun eigen verantwoordelijkheid. Zoals in paragraaf 5 eerder is aangestipt, kan het Nibud hier zorg voor dragen.⁵⁷ Ook de voorlichting aan consumenten met betrekking tot het aangaan van kredieten dient te worden uitgebreid.

10.6.2.2 Het niet-gebruik van voorzieningen

Ook dient het niet-gebruik van inkomensvoorzieningen tegengegaan te worden: het feit dat een bepaalde regeling bestaat wil nog niet zeggen dat deze ook door iedereen die daar recht op heeft, gebruikt wordt. Door het kabinet is aangegeven dat de onderbenutting van allerlei financiële voorzieningen medoorzaak is van armoede. Een maximale benutting is dan een belangrijk middel om armoede en mogelijk ook schulden tegen te gaan. De belangrijkste voorwaarde voor het gebruik van een bepaalde voorziening is dat de potentiële gebruiker van het bestaan van de regeling afweet. Uit onderzoek blijkt dat dit nog niet bij iedereen het geval is. Het gaat met name om lokale kwijtscheldingsregelingen, individuele bijzondere bijstand, gemeentelijke inkomensondersteuning aan chronische zieken en gehandicapten en huursubsidie.⁵⁸ Hier ligt een taak bij de gemeentelijke instanties om de schuldenaar op de verscheidene financiële voorzieningen te wijzen.

10.6.2.3 Vroegsignalering

Er dienen afspraken gemaakt te worden tussen enerzijds woningbouwcorporaties, energiebedrijven en zorgverzekeraars en anderzijds de gemeente om eventuele betalingsachterstanden. Deze dienen door de instellingen

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 38, p. 3.

⁵⁷ Het Nationaal Instituut voor budgetvoorlichting (Nibud) informeert en adviseert over allerlei geldzaken.

⁵⁸ Raad voor Rechtsbijstand, *Blauwdruk voor schuldsanering*, 's-Hertogenbosch 2005, p. 9.

doorgegeven te worden aan de gemeente, zodat deze vroeg kan ingrijpen, omdat deze terreinen cruciale elementen vormen voor de schuldenaar zonder welke deze niet in de primaire levensbehoeften kan voorzien.

10.6.2.4 Certificering

Om een hogere kwaliteit in de dienstverlening van particuliere schuldhulpverleningsorganisaties te verkrijgen, dient er daarnaast overgegaan te worden tot certificering, waarbij deze instanties aan bepaalde criteria moeten voldoen om op een hoogwaardig niveau te werk te kunnen gaan. Ik pleit er voor om over te gaan tot verplichte certificering in plaats van vrijwillige certificering. In het geval van vrijwillige certificering is het namelijk te vrijblijvend om de vrijwillige ontwikkelingen in de markt af te wachten, terwijl er sprake is van een dringende noodzaak om de kwaliteit van de particuliere schuldhulpverleningsorganisaties te verbeteren. Dit dient zo spoedig mogelijk te gebeuren, waardoor verplichte certificering de aangewezen weg hiervoor vormt. Bovendien is het bij vrijwillige certificering onzeker of de schuldenaren de waarde van een gecertificeerde bonafide instantie kunnen onderkennen vergeleken met een niet-gecertificeerde malafide instantie. Het is dus zaak zo snel mogelijk over te gaan tot verplichte certificering van de schuldhulpverleningsbranche om de kwaliteit van de dienstverlening te verbeteren.

10.6.3 Curatieve maatregelen

Ten tweede dient de overheid zich te richten op harmonisatie van de uitvoering in het minnelijke en het wettelijke traject. De uitvoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling in zijn huidige vorm is problematisch. Deze toestand roept de vraag op of er mogelijkheden zijn om het bestaande stelsel aan te passen, zodat er meer minnelijke regelingen tot stand komen en de druk op de rechterlijke macht wordt beperkt. Drie aangelegenheden van gemeenschappelijke zorg dienen hierbij voorop te komen staan:

1. ten eerste dient de ongelijkheid in de uitvoering in beide trajecten te worden opgeheven;
2. het minnelijke traject dient daarnaast substantieel voordeliger te zijn, zodat het financiële verschil tussen de twee trajecten zodanig groot wordt, dat de schuldeisers het minnelijke traject zullen prefereren;
3. ten derde dient het vertrouwen van de schuldeisers hersteld te worden door in het minnelijke traject transparanter te werk te gaan. De voorgestelde schuldenregeling is niet transparant voor de schuldeiser: de schuldeiser heeft momenteel te weinig inzicht in de verschillen (voor- en nadelen) tussen het minnelijke en wettelijke traject. Hier ligt een taak bij de schuldhulpverleners om de schuldeisers beter te informeren.

Daarnaast is het onlangs aangenomen wetsvoorstel tot wijziging van de Wsnp – dat op 1 januari 2008 in werking zal treden – een belangrijke stap om de twee trajecten beter op elkaar te laten aansluiten. De invoering van een dwangakkoord, waardoor schuldeisers via de rechter gedwongen kunnen worden hun medewerking te verlenen aan een minnelijk akkoord, vormt het belangrijkste middel om het minnelijke traject te versterken. Daarnaast heeft de vereenvoudiging van de gerechtelijke procedure ten doel de werkdruk voor de rechterlijke macht te verminderen. Deze punten zijn in par. 4 uitgebreid besproken.

10.6.4 Nazorg, uitval en recidive

Ten derde dient er aandacht te worden besteed aan de nazorg na het doorlopen van de Wsnp om recidive te voorkomen en de duurzaamheid van schone leien te waarborgen. In het geval er sprake is van een structureel gedragsprobleem of een onbalans in inkomsten en uitgaven, dan is een wettelijk traject alleen onvoldoende, omdat het risico bestaat dat de schuldenaar na het doorlopen van de periode van drie jaar weer in de schulden vervalt. Schuldhulpverlening kan dus pas een duurzaam effect hebben als er ook aandacht is voor de psychosociale elementen en als er in ieder geval budgetbegeleiding is. Het is dan ook noodzakelijk de mogelijkheid hiertoe te creëren bij de verlening van de schone lei.

10.6.5 Kosten

Uiteraard brengen deze en andere maatregelen de nodige kosten met zich mee. Het kabinet heeft in 2006 € 25 miljoen, aflopend naar € 19 miljoen in 2009, voor schuldhulpverlening aan gemeenten beschikbaar gesteld.⁵⁹ Door het amendement Verburg zijn deze middelen voor het jaar 2007 verhoogd met € 10 miljoen. De volgende vraag die gesteld kan worden is of de gemeenten dit geld via het Gemeentefonds moeten ontvangen. Het beschikbare budget wordt namelijk op basis van het aantal huishoudens dat tot de groep van de 40% laagste besteedbare inkomens behoort, verdeeld.⁶⁰ De gemeenten hebben beleidsvrijheid ten aanzien van de uitwerking van de schuldenregeling en de aanwending van de beschikbare middelen. Omdat de gemeenten autonoom zijn ten aanzien van het besteden van de beschikbare middelen, komen deze vaak niet op de juiste plekken terecht. Mijns inziens is het daarom beter om het geld niet via het Gemeentefonds te laten lopen en om na te gaan hoe het langs andere weg effectief kan worden besteed.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 100, p. 4.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 24 515, nr. 97, p. 4.

10.6.6 Slotsom

De schaarse middelen die er zijn, moeten daar worden ingezet waar ze het hardst nodig zijn. Maar waar is dat? Op deze vraag kan vanuit de wetenschap geen kippklaar antwoord worden gegeven. Het gaat hier namelijk bij uitstek om een *politieke* keuze.

Met deze bijdrage is beoogd een antwoord te geven op de vraag hoe de in-menging van de overheid in de schuldenproblematiek het beste vormgegeven kan worden met het oog op de wettelijke schuldsaneringsregeling.

In het licht van hetgeen hierboven is besproken denk ik zeker dat in onze huidige maatschappij, waarin het maken van schulden tot een geaccepteerd verschijnsel is geworden en het aantal schuldenaren snel groeit,⁶¹ het belangrijk is dat de overheid in de schuldenproblematiek dient te handhaven en dient in te grijpen waar nodig. De overheid is zowel met betrekking tot preventieve en curatieve maatregelen, als met het verzorgen van gepaste nazorg hard nodig.

Geconcludeerd kan worden dat er voor de overheid een belangrijke taak ligt om de schuldhelpverlening op peil te brengen en te houden.

Het woord is nu aan de politiek.

⁶¹ Centraal Bureau voor de Statistiek, Voorburg/Heerlen, <www.cbs.nl>.

